



**Facultad de Derecho**  
**Universidad Zaragoza**

## **Trabajo Fin de Grado**

# **ESTUDIO Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DAÑO MORAL EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA INDEBIDA ATRIBUCIÓN DE PATERNIDAD**

Autora:

**Isabel Chueca Zapata**

Directora:

**Dra. Dña. María Victoria Mayor del Hoyo**

Facultad de Derecho

Curso 2018-2019

## Índice:

1. Introducción.....	p.2
2. Ejercicio de la acción propia de responsabilidad civil.....	p.5
2.1. Responsabilidad civil contractual	
2.2. Responsabilidad civil extracontractual	
3. Elementos comunes en la consideración de la responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad.....	p.9
3.1. Incumplimiento del deber conyugal de fidelidad	
A) Concepto, regulación y carácter del deber conyugal de fidelidad	
B) Incumplimiento y relación con la ocultación de paternidad	
3.2. Existencia de daño moral resarcible	
A) Conocimiento de la infidelidad de la esposa	
B) Descubrimiento de la no-paternidad	
C) Daño moral derivado de las lesiones físicas y psicológicas	
D) Daño moral en relación a la lesión al honor, fama y dignidad	
3.3. Dolo, culpa o negligencia del agente dañoso	
3.4. Nexos de causalidad entre el ilícito civil y el daño objeto de resarcimiento	
4. Indemnización por el daño moral: carácter resarcitorio, cuantificación y determinación del daño moral.....	p.50
5. La prueba del daño moral.....	p.58
6. La excepción de prescripción de la acción.....	p.59
7. Responsabilidad de la tercera persona involucrada en la infidelidad.....	p.62
8. Sentencia del Tribunal Supremo 629/2018 (13 noviembre 2018).....	p.66
9. Conclusiones.....	p.72
10. Relación de jurisprudencia.....	p.77
11. Bibliografía.....	p.79

## **1. Introducción**

La valoración del daño moral es un asunto que siempre ha estado rodeado de controversia y de opiniones dispares. Respecto al daño moral nos surgen numerosas preguntas como por ejemplo qué consideramos daño moral y de dónde procede éste; si ha de indemnizarse el daño moral o no, bien sea en supuestos de derecho penal bien de derecho civil; si es posible determinarlo o cuantificarlo para su reparación; qué carácter tiene la indemnización del daño moral...

Esa disparidad de opiniones acerca de la resarcibilidad o no del daño moral se traslada al ámbito de las obligaciones conyugales reguladas en los artículos 67 y 68 del Código Civil. Mientras que parte de la doctrina opina que la infracción de los deberes conyugales no genera resarcimiento alguno del daño moral que se haya podido causar por su consideración como meros deberes de carácter ético o moral, otra parte de la doctrina apoya la idea de darles un carácter de obligación jurídica que suponga que su infracción se castigue en el caso de que sea responsable el infractor y el daño moral sea indemnizado a la víctima. Por otro lado, parte de la doctrina considera que tan sólo el dolo o la culpa grave han de ser los criterios generales de imputación de responsabilidad a la hora de hablar de las relaciones familiares.

Este dilema sobre el resarcimiento del daño moral también se ha planteado de forma específica sobre el deber conyugal de fidelidad y las consecuencias que se pueden derivar de la infracción de éste, como puede ser, además de daños patrimoniales, daños morales. Una de las causas que puede generar daño moral entendido como un efecto negativo en la esfera afectiva de la víctima es la ocultación de la verdadera paternidad. Por esta ocultación nos referimos a la que una mujer lleva a cabo respecto a su marido ocultándole que el hijo o los hijos que el marido tenía por suyos en realidad son de otra tercera persona con la que ésta fue infiel. Si bien socialmente estaría aceptado su reproche puesto que entendemos que la fidelidad está incluida en un patrón de respeto y confianza que los cónyuges acuerdan cuando contraen matrimonio, es interesante observar la posición jurisprudencial a lo largo de los años debido a que, como veremos, en ocasiones los jueces o tribunales consideran que la mujer es responsable, bien de forma contractual (artículo 1.101 CC) bien extracontractual (artículo 1.902 CC), del daño moral causado a la víctima, y en otras ocasiones, niegan esa

responsabilidad de la mujer. Los factores a la hora de determinar esa responsabilidad son variados, como por ejemplo, la gravedad de los hechos, la incidencia en un período de tiempo...

Resulta también interesante diferenciar por un lado la infracción del deber conyugal de fidelidad y la ocultación de la paternidad que de ella se deriva, puesto que es una distinción valorada por los tribunales a la hora de asignar responsabilidad a la persona infractora.

Los criterios a tener en cuenta también son dispares y toman como referencia las sentencias del Tribunal Supremo 687/1999, de 22 de julio y 701/1999, de 30 de julio.

El criterio a seguir a la hora de determinar la procedencia de la indemnización es la concurrencia de dolo o culpa de la persona infractora así como la acreditación del daño moral. Este criterio es el que se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo 701/1999, de 30 de julio

No encontramos controversia en cuanto a la idea de que la finalidad de la responsabilidad civil, bien contractual bien extracontractual, es la reparación integral del daño padecido por la víctima. Sin embargo, la reparación del daño moral en los casos de indebida atribución de paternidad es un tema más peliagudo porque afecta a una esfera personalísima y afectiva de la víctima. Es complicado determinar las consecuencias morales o psicológicas que una víctima puede sufrir en estos casos puesto que las circunstancias varían según el caso al igual que las convicciones sociales y éticas cambian o se modifican a lo largo del tiempo. Del mismo modo, no resulta fácil reparar un daño que no es cuantificable pues no es tan sencillo como reparar económicamente el daño patrimonial que alguien haya podido sufrir por la actitud dolosa, negligente o morosa de alguien que ha incumplido sus obligaciones. Por ejemplo, es sencillo determinar la indemnización económica que alguien puede recibir en el caso de que su coche haya sido dañado por otro en un accidente de tráfico y se atribuya la culpa a la otra persona puesto que los daños abarcan cosas materiales a las que se les puede asignar un valor económico.

A lo largo de este trabajo trataré de esclarecer los elementos concurrentes en la responsabilidad derivada de la indebida atribución de paternidad (especialmente me centraré

en la relación conyugal), que está directamente conectado con el deber conyugal de fidelidad así como analizar la posición adoptada por los jueces y tribunales a lo largo de los años en estos casos en los que se carece de un sistema para la valoración de los daños y perjuicios morales causados a las personas que descubren que su paternidad era una “farsa”. Trataré de definir en qué consiste el daño moral y a qué síntomas o lesiones se atribuye en estos casos, al igual que analizaré el carácter y determinación que asignan los tribunales a la indemnización del daño moral. También, valoraré la incidencia de otros aspectos en estos casos de indebida atribución de paternidad como pueden ser la excepción de prescripción de la acción de responsabilidad y la responsabilidad de aquella persona con la que ha sido infiel la mujer. En último lugar, analizaré la Sentencia del Tribunal Supremo 629/2018 de 13 de noviembre de 2018, puesto que ésta esclarece la incertidumbre que ha existido hasta ahora al no encontrar una marcada línea jurisprudencial que dirigiese al juzgador a determinar o no la responsabilidad de la persona infractora y, por tanto, la indemnización de la víctima.

Como veremos, esta sentencia busca en cierta forma una aclaración respecto a la dualidad de criterios que había existido hasta ahora y que tenían como referencia las sentencias del Tribunal Supremo 687/1999, de 22 de julio y 701/1999, de 30 de julio. Esta dualidad gira en torno a la improcedencia de la indemnización del daño moral por la negación del carácter jurídico de las obligaciones conyugales o su procedencia en el caso de que intervenga dolo o culpa en la actitud de la persona infractora. Esta reciente sentencia confirmará el punto común que comparten las dos sentencias más antiguas de 1999 respecto a la no coercibilidad de los deberes conyugales y ofrecerá una respuesta en cuanto a la procedencia o improcedencia de la indemnización del daño moral derivado de la ocultación de la paternidad.

## 2. Ejercicio de la acción propia de responsabilidad civil

Ante el supuesto analizado en el presente trabajo, correspondiente a la indebida atribución de paternidad derivada de la violación del deber conyugal de infidelidad, cabe describir de una forma breve la responsabilidad civil en general, puesto que es ésta la reclamada ante los tribunales por el marido que se ha visto involucrado en el supuesto mencionado. Como *a priori* podemos identificar un daño, derivado de la infidelidad y de la creencia errónea de paternidad, es preciso hablar de la acción propia de responsabilidad civil.

En algunos casos se reclama responsabilidad civil contractual y en otros responsabilidad civil extracontractual. La doctrina considera que en muchos casos ambos tipos de responsabilidad son concurrentes pues la responsabilidad contractual no es otra cosa que “una especificación en un supuesto concreto, el de la relación de los implicados en la obligación de que se trate, del principio general de no causar daño a nadie o *neminem laedere* del artículo 1902”<sup>1</sup>, y en ambas responsabilidades se infringe un deber jurídico. Sin embargo, la decisiva Sentencia del Tribunal Supremo 629/2018, de 13 de noviembre de 2018, niega que el daño sea indemnizable mediante el ejercicio de cualquiera de estas acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual.

### 2.1. Responsabilidad civil contractual

La responsabilidad civil contractual está regulada en el Código Civil español (CC) en el artículo 1101 que dice así: “quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”. Podemos identificar como elementos necesarios para la reparación del daño en estos supuestos un incumplimiento contractual y una conducta dolosa, negligente o morosa que lo propicia. Así pues, “la responsabilidad contractual consiste en la obligación de reparar unos daños que surgen entre

---

<sup>1</sup> Lacruz Berdejo en LACRUZ MANTECÓN, Miguel L., *Síntesis del derecho civil español, t.II, Obligaciones y contratos*, 3ª edic., Kronos, Madrid, Septiembre 2017, p.131.

personas vinculadas por una relación obligatoria previa, causados por el incumplimiento del deber a que dicha relación les sujeta”<sup>2</sup>.

En el presente caso, las personas, por un lado, la que causa el daño (la mujer infiel que tiene hijos con otra persona distinta al marido) y, por otro lado, la que sufre el daño (el marido que está en la creencia errónea de que algún hijo es suyo) están vinculadas contractualmente mediante el matrimonio puesto que de éste se derivan unas obligaciones conyugales consistentes en la obligación de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente (artículo 68 CC). Como veremos a lo largo del trabajo, el daño que se reclama en los supuestos de indebida atribución de paternidad proviene del incumplimiento del deber conyugal de fidelidad.

Con base en la jurisprudencia basta una relación análoga a la contractual para poder aplicar el artículo 1101 y siguientes del CC, así pues, podríamos preguntarnos si la responsabilidad contractual se podría aplicar a una pareja que sin estar casada mantiene una relación análoga a la conyugal como por ejemplo siendo pareja de hecho. En mi opinión, si bien ambas responsabilidades, contractual y extracontractual, concurren en sus elementos principales: negligencia, culpa o dolo, daño y nexo causal, y el bien jurídico infringido, no me parecería válida su aplicación puesto que la responsabilidad contractual deriva del incumplimiento de un contrato, que en el caso de los cónyuges lo relacionamos con el matrimonio, mientras que en el caso de la responsabilidad civil extracontractual no se incumple ningún tipo de contrato.

La Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 5489/1999, de 30 de Julio de 1999 es un ejemplo de interposición de una acción de responsabilidad civil contractual en la que el sujeto demandante interpone recurso de casación contra la sentencia dictada en la instancia anterior (la Audiencia Provincial de Madrid) alegando incumplimiento contractual por parte de su esposa y demandada debido a su conducta dolosa y mala fe en la ocultación de la verdadera paternidad de dos hijos. Concretamente, en la misma se denuncian como infringidos los artículos 67 y 68 del CC en relación al 1101.

---

<sup>2</sup> LACRUZ MANTECÓN, Miguel L., *Síntesis del derecho civil español, t.II, Obligaciones y contratos*, 3ª edic., Kronos, Madrid, Septiembre 2017, p.130.

Como veremos más adelante, los Tribunales tienen potestad para moderar la responsabilidad que proceda de la negligencia (artículo 1103 CC), así pues, en algunos casos como el de la sentencia previamente nombrada el Tribunal considera que no existe negligencia en la conducta de la esposa al incumplir la obligación de fidelidad y que por ello no procede la reparación económica.

## **2.2. Responsabilidad civil extracontractual**

La acción sobre responsabilidad civil extracontractual es la que más se interpone en un análisis general de la jurisprudencia analizada en relación a la indebida atribución de paternidad derivada del incumplimiento del deber conyugal de fidelidad (Ejemplos: SAP Barcelona Sección 18ª, de 16 de Enero 2007; SAP Castellón Sección 3ª de 10 Febrero 2009; STS 5354/1999 de 27 julio 1999; STS 629/2018 13 noviembre 2018; etc).

Dicha responsabilidad está regulada en el artículo 1902 CC que dice así: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. En este caso, existe un daño que se ocasiona por el incumplimiento de la regla del *neminem laedere*, es decir, del deber de no dañar a nadie con nuestra conducta activa o pasiva, norma que está directamente ligada a la idea de reparación del daño.

Bien se trate de conductas penalmente tipificadas (ilícitos penales) o simplemente negligentes (ilícitos civiles o cuasidelitos) no es preciso que exista una relación previa obligatoria entre el que causa el daño y el que lo sufre, es decir, el perjudicado<sup>3</sup>. Del mismo modo que en la responsabilidad civil contractual, identificamos como elementos: la culpa o negligencia derivada de una acción u omisión, el daño producido y el nexo causal entre dicha conducta y el daño. Hablamos de una conducta activa por ejemplo en los casos en los que el demandante reclama indemnización por daño patrimonial y moral derivado de la ocultación de la verdadera paternidad por parte de la mujer infiel. Por otro lado, podemos también identificar dicha conducta en forma de omisión en supuestos en los que se reclama, entre cosas, indemnización por la conducta negligente derivada de la omisión en la adopción de las

---

<sup>3</sup> LACRUZ MANTECÓN, Miguel L., *Síntesis del derecho civil español, t.II, Obligaciones y contratos*, 3ª edic., Kronos, Madrid, Septiembre 2017, p.130.



medidas oportunas por parte de la mujer infiel para la veraz determinación de la paternidad del menor o menores.

A continuación, vamos a analizar con más detenimiento los elementos concurrentes en la responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad y sus peculiaridades, así como cuál ha sido la posición de los tribunales respecto a su reconocimiento o no y sus causas.

### **3. Elementos comunes en la consideración de la responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad**

Los elementos que vamos a analizar a continuación son aquellos que los propios tribunales analizan para observar la concurrencia o no de responsabilidad civil de la demandada o demandados y proceder, en caso positivo, a una indemnización económica que repare el daño causado. Mientras que la indemnización por daños patrimoniales no genera muchas diferencias jurisprudenciales, la indemnización por daños morales es un campo que ha creado cierta incertidumbre hasta el momento.

#### **3.1. Incumplimiento del deber conyugal de fidelidad**

##### **A) Concepto, regulación y carácter del deber conyugal de fidelidad**

Los deberes conyugales se encuentran regulados en el Capítulo V del Código Civil “De los derechos y deberes de los cónyuges”, concretamente en los artículos 67 y 68. Están conformados por: el deber de respeto y ayuda mutua; la obligación de actuar en interés de la familia; la obligación de vivir juntos; el deber de guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Además, los cónyuges han de compartir las responsabilidades domésticas así como el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.

El deber de los cónyuges de guardarse fidelidad es el que nos atañe y se refiere nada más y nada menos que a la fidelidad sexual de la pareja, a lo que en un contexto socio-cultural actual se podría entender como la exclusividad sexual y sentimental entre los cónyuges sin la posibilidad de que este tipo de lazos nazcan entre alguno de los cónyuges y una tercera y distinta persona. Así pues, la fidelidad abarcaría no sólo un contexto material o sexual relacionado con la exclusividad sexual sino también un contexto espiritual o afectivo<sup>4</sup> que se

---

<sup>4</sup> PÉREZ GALLEGO, Roberto, “Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm.3, 2015, p.144

relacionaría con los sentimientos y el afecto exclusivo entre cónyuges, algo en principio incomparable con las relaciones entre alguno de los cónyuges y otra persona distinta<sup>5</sup>.

Existen distintas posiciones doctrinales respecto al carácter de los deberes conyugales, discrepancias doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil que todavía subsisten tras la reforma operada por la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio<sup>6</sup>.

Así por ejemplo, Roberto Pérez Gallego constata que la doctrina actual, salvo excepciones, entiende que los deberes conyugales no constituyen obligaciones jurídicas stricto sensu y que en la jurisprudencia sigue existiendo la división acerca del contenido y efectos de los deberes conyugales<sup>7</sup>.

Por otro lado, Verónica Nevado Catalán manifiesta que la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia niega el carácter jurídico e indemnizatorio de los deberes conyugales, concretamente del deber conyugal de fidelidad, en el supuesto de su infracción por uno de los cónyuges<sup>8</sup>. Así pues, el único carácter que se podría atribuir a estos deberes es el de simbólico o ético-moral<sup>9</sup>, considerando la idea de que las conductas que se puedan desarrollar dentro de la esfera del matrimonio, como la infidelidad, pertenecen al ámbito personal de cada cónyuge y a su conciencia.

No obstante, la introducción de los deberes conyugales en la norma, en el Código Civil (junto a la introducción de nuevos deberes en el artículo 68 CC a través de la Ley 15/2005) supone que califiquemos estos deberes como jurídicos.

La fidelidad persigue proteger valores que son fundamentales en un contexto familiar y matrimonial como la lealtad, el respeto mutuo, la confianza recíproca entre los cónyuges, el

---

<sup>5</sup> NEVADO CATALÁN, V., “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.4, 2018, p.11

<sup>6</sup> PÉREZ GALLEGU, Roberto, “Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm.3, 2015, p.145

<sup>7</sup> PÉREZ GALLEGU, Roberto, “Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm.3, 2015, p.143

<sup>8</sup> NEVADO CATALÁN, V., “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.4, 2018, p. 11

<sup>9</sup> PÉREZ GALLEGU, Roberto, “Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm.3, 2015, p.143

respeto a la dignidad de la persona del otro cónyuge...<sup>10</sup> Por lo tanto, quienes conforme a su propia autonomía de la voluntad deciden contraer matrimonio no sólo gozan de unos derechos sino también de unos deberes conyugales, es decir, del libre acuerdo de voluntades se derivan unos efectos jurídicos<sup>11</sup>.

En nuestro Ordenamiento Jurídico la infidelidad, como ilícito civil, “solamente puede constituirse en posible causa de desheredación (art. 855, 1ª CC), o de pérdida del derecho de alimentos del cónyuge infractor (art. 152, 4ª CC) y, si finaliza en separación o divorcio, puede acarrear la revocación de las donaciones efectuadas por razón de matrimonio (art. 1343 CC)<sup>12</sup>. Así pues, nuestro Ordenamiento Jurídico no recoge ninguna sanción específica en cuanto al incumplimiento del deber conyugal de fidelidad.

Sin embargo, siguiendo el generalmente aceptado por la doctrina principio general del daño causado (quien causa un daño debe pagar), se podría contemplar la aplicación de la responsabilidad civil en el caso de que se derivase un daño. Este aspecto es el que tienen en cuenta algunos tribunales, como veremos, al observar la procedencia de la indemnización en el caso de ocultamiento de la paternidad de la mujer que engaña a su marido con otro hombre. Así pues, aquí la conducta antijurídica no sería tanto la infracción del deber de fidelidad sino la ocultación de la verdadera paternidad.

## **B) Incumplimiento y relación con la ocultación de paternidad**

El incumplimiento de los deberes conyugales como el de fidelidad, asistencia o convivencia forman parte de la responsabilidad “endofamiliar” entendida como aquellos “actos ilícitos

---

<sup>10</sup> PÉREZ GALLEGO, Roberto, “Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm.3, 2015, p.144

<sup>11</sup> LABADIE JACKSON, G., (2013), “Los requisitos de la validez de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial y su eficacia *ex post*” (tesis), Universitat Pompeu Fabra (España), p. 14 y 15

<sup>12</sup> PÉREZ GALLEGO, Roberto, “Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm.3, 2015, p. 144

que resultan de la violación de obligaciones que pesan sobre un sujeto por su cualidad de cónyuge o progenitor”<sup>13</sup>.

Esto nos lleva a plantearnos si el incumplimiento del deber de fidelidad está directamente relacionado con el remedio general resarcitorio previsto en el artículo 1902 CC.

Como bien se ha dicho anteriormente, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia entiende que el incumplimiento del deber conyugal de fidelidad no da lugar a un daño resarcible o, dicho de otra forma, un ilícito civil susceptible de tutela resarcitoria, puesto que entienden que los deberes conyugales no son una obligación jurídica en sentido estricto, sino que tienen un carácter puramente ético o moral<sup>14</sup>.

Esta es la visión que el Tribunal Supremo ha aportado en sentencias como STS 30 de julio de 1999, en la que al negar el carácter jurídico de los deberes conyugales y defender la naturaleza ético-social del deber de fidelidad, niega la asignación al infractor de efectos económicos y por tanto, afirma la imposibilidad de reconducir el incumplimiento al artículo 1101 CC.

Esta posición mayoritaria en la jurisprudencia también se puede encontrar en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1999 (687/1999).

Del mismo modo, la más reciente sentencia del Tribunal Supremo en cuanto al hecho enjuiciado relacionado con la ocultación de paternidad de un cónyuge al otro, la STS 629/2018 de 13 de noviembre de 2018 (sentencia que se analizará más detalladamente en su debido momento), niega la indemnización de aquel daño que tenga su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, como el de fidelidad.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2005 de 8 de julio, la única consecuencia jurídica que atribuían los tribunales al incumplimiento del deber conyugal de fidelidad era la de la disolución del vínculo matrimonial<sup>15</sup>, sanción a la infidelidad que imponía el artículo

---

<sup>13</sup> CARAPEZZA FIGLIA, Gabriele, “Violación de los deberes conyugales y responsabilidad civil: la experiencia italiana”, en *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.4, 2016, p.262

<sup>14</sup> PÉREZ GALLEGÓ, Roberto, “Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm.3, 2015, p.143

<sup>15</sup> NEVADO CATALÁN, V., “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.4, 2018, p.10

82.1ª CC<sup>16</sup>. Desde la señalada fecha, el divorcio o la separación matrimonial ya no están causalizados<sup>17</sup> ni dependen de la alegación o prueba de algunas de las circunstancias previstas en la legislación civil por parte de un cónyuge, sino que simplemente está sometido a la mera expresión de voluntad de uno de los cónyuges<sup>18</sup> una vez hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, no necesitando ni siquiera el acuerdo mutuo (artículo 81 y siguientes CC). Es por ello que sentencias más “antiguas” como las sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 30 de julio de 1999 consideran como única consecuencia jurídica de la infidelidad la ruptura del vínculo conyugal. La STS de 30 de julio de 1999 establece exactamente que el posible daño moral «generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna (...) la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación es la ruptura del vínculo conyugal».

“La configuración del matrimonio como comunidad de vida asumida y mantenida voluntariamente determina la incoercibilidad de los deberes conyugales en los que se sustenta”<sup>19</sup>.

La doctrina jurisprudencial mayoritaria es contraria a la indemnización del daño moral resultante del mero incumplimiento del deber de fidelidad, no cualificado por un dolo específico de los infractores<sup>20</sup>, por ende, la infracción de deberes conyugales no es susceptible de reparación económica. Sentencias como la STS de 30 de julio de 1999 añaden que “asignar al infractor efectos económicos llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar”. Algunos autores consideran que la admisión de la acción indemnizatoria supondría la reintroducción de un sistema de separación o divorcio culposos que tendría como consecuencia el aumento de la conflictividad en las crisis matrimoniales<sup>21</sup>. De igual forma, las posturas escépticas sobre la indemnizabilidad de

---

<sup>16</sup> PÉREZ GALLEGO, Roberto, “Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm.3, 2015, p.148

<sup>17</sup> NEVADO CATALÁN, V., “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.4, 2018, p.10

<sup>18</sup> PÉREZ GALLEGO, Roberto, “Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm.3, 2015, p.152

<sup>19</sup> FERRER RIBA, J., “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.4, 2001, p. 14

<sup>20</sup> SAP de Valencia de 2 de noviembre

<sup>21</sup> FERRER RIBA, J., “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.4, 2001, p. 15

los daños derivados de la infidelidad alegan que eso podría dar lugar a una proliferación de demandas.

Sin embargo, encontramos otras posturas doctrinales contrarias a este pensamiento como por ejemplo aquella que admite la indemnización de los daños derivados de la infidelidad siempre que estos tengan el carácter de autónomos y graves o sean daños a derechos de otro cónyuge que sean separables de su interés en el mantenimiento del matrimonio y en el respeto de sus reglas<sup>22</sup>.

Del mismo modo, también existen casos en la jurisprudencia contrarios a ese carácter no indemnizatorio de los deberes conyugales como es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8ª) 88/2014 de 16 de mayo, pues en este caso el tribunal niega que los deberes conyugales se traten de deberes naturales relacionados con la ética personal de cada uno de los contrayentes y mantiene que son deberes jurídicos, a pesar de su peculiaridad. Esta sentencia expresa que el mero incumplimiento del deber de fidelidad cualificado por el embarazo de un tercero atribuido falsamente por vía de presunción a su marido, es un hecho que por sí mismo genera su responsabilidad civil, sin que sea necesario la concurrencia de dolo explícito en la conducta de la demandada. La resolución de esta sentencia se identificaría con la idea compartida por un sector doctrinal consistente en la procedencia de la indemnización ante cualquier incumplimiento de un deber matrimonial tipificado como es el de fidelidad siendo responsables solidariamente tanto la mujer que oculta la paternidad biológica como el tercero que resulta ser el padre biológico.

Pese a encontrar alguna excepción en la jurisprudencia como el caso analizado anteriormente (Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8ª) 88/2014 de 16 de mayo) llegamos a la conclusión a través de la falta de sanciones atribuidas en la legislación española y de la jurisprudencia mayoritaria analizada, que analizaremos con más detenimiento en el apartado de la existencia de daño moral por el conocimiento de la infidelidad de la esposa, que el incumplimiento del deber conyugal de fidelidad no da lugar a un daño moral

---

<sup>22</sup> PÉREZ GALLEGÓ, Roberto, “Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm.3, 2015, p. 161

susceptible de indemnización para quien lo sufre, es decir, no genera responsabilidad contractual o extracontractual.

No obstante, el incumplimiento del deber conyugal de fidelidad por parte de la esposa es la causa directa de la procreación de un hijo extramatrimonial y de la ocultación de la paternidad de éste por parte de la misma a su cónyuge, y este es un daño moral que, como veremos más adelante, sí es considerado resarcible por los tribunales en algunos casos como el de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de 2004, en la que se declara que si bien la infidelidad conyugal no es susceptible de indemnización, sí lo es la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultamiento a su cónyuge.

Así pues, lo que ocasiona en algunos casos la indemnización es la conducta activa o culposa en la ocultación de la paternidad como veremos con más detenimiento en el primer apartado del punto 3.2. Esta es la postura doctrinal más seguida por los tribunales y consiste en que si concurre una conducta dolosa o negligente por parte de las personas que llevan a cabo la ocultación de la no paternidad y concurre el daño moral que de eso se deriva, existe entonces nexo de causalidad y por tanto da lugar a la reparación del daño al ofendido. En estos casos, “el daño por la pérdida de la relación con el menor sí es indemnizable ya que es objetivamente imputable a la conducta culpable de ocultar la paternidad”<sup>23</sup>.

La Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia de 2 de septiembre de 2004 identifica el nexo causal no entre la infidelidad y el daño reclamado por el demandante, sino que considera que la responsabilidad y el daño moral del marido deriva de la procreación de los tres hijos extramatrimoniales y el ocultamiento de la verdadera paternidad por parte de la demandada.

Algunos casos en los que el tribunal niega la existencia de ilícito civil derivado de esa ocultación del hijo extramatrimonial son: la SAP de Castellón (Sección 3ª) de 10 de febrero de 2009 y la SAP de Cádiz (Sección 8ª) de 16 de mayo de 2014. En el primer caso se niega porque el tribunal considera que la actitud de la demandada no es negligente porque no se debe entrar a valorar si la misma usó algún medio anticonceptivo o no porque la concepción

---

<sup>23</sup> NEVADO CATALÁN, V., “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.4, 2018, p. 23



del hijo se produjo en momento en el que los litigantes habían roto su relación, y tampoco dolosa o culposa en el supuesto ocultamiento porque tanto la demandada como las hermanas de la misma pusieron en conocimiento del actor sus dudas acerca de la paternidad desde un primer momento desde que retomaron la relación. En la segunda, el tribunal estima que la demandada no ha actuado de mala fe sino que ésta tenía el convencimiento de que su marido era el padre de su hijo.

En conclusión, podríamos afirmar que la mayor parte de la jurisprudencia pese a no reconocer la procedencia de la indemnización en caso de infracción de los deberes conyugales como el de fidelidad, sí que plantea la posibilidad de una indemnización en la relación a la ocultación de forma dolosa o culposa de la paternidad extramatrimonial del hijo.

### 3.2 Existencia de daño moral resarcible

A continuación procedo a analizar los distintos daños que, identificados en la jurisprudencia, los perjudicados y demandantes han reclamado ante los tribunales, así como su eventual resarcimiento.

Antes de todo, considero preciso señalar qué es lo que entienden los tribunales por daño moral. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2004 aporta una definición negativa en cuanto expresa que no cabe integrarlo en los daños materiales, los daños corporales, el daño emergente ni cabe definirlo como la privación al damnificado de posibilidades o ventajas que hubiera podido obtener en el caso de que no se hubiera producido el ilícito del que es autor el responsable. En cuanto a la integración positiva del daño moral, la misma sentencia establece que se trata de “categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, y que, por ontología no es posible que emerjan al exterior, aunque sea factible, habida cuenta la ocurrencia de los hechos (en definitiva, la conducta ilícita del autor responsable) se estima el sufrimiento o esencia de dicho daño moral, incluso, por el seguimiento empírico de las reacciones, voliciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora fundamento posterior de su reclamación por daños morales”<sup>24</sup>.

Se entiende por daño moral “aquel que comporta un efecto psicológico negativo derivado de una agresión al patrimonio, a la integridad física o a la integridad moral de un individuo, sin que quepa incluir a las personas jurídicas como víctimas potenciales”<sup>25</sup>. Puede suponer un ataque a la afectividad y también “puede comprender lesiones del acervo jurídico que no conllevan aflicción ni desánimo pero que merecen una valoración social negativa”<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 881/2004 de 22 septiembre 2004, Fundamento de derecho séptimo

<sup>25</sup> MARÍN GARCÍA, I. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, D., “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.2, 2010, p. 6

<sup>26</sup> MARÍN GARCÍA, I. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, D., “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*,...cit., p.7

Así pues, esta definición nos ayuda a esclarecer que el daño moral es un daño extrapatrimonial directamente relacionado por su naturaleza u ontología con la esfera íntima, afectiva o personal del individuo (que no persona jurídica) que sufre el daño o perjuicio. Esto nos indica que tanto su apreciación como su *quantum* indemnizatorio son cosas inexactas y que juegan en la esfera del arbitrio de jueces y tribunales ante un caso específico.

### **A) Conocimiento de la infidelidad de la esposa**

La infidelidad que sufre el cónyuge afectado es un daño que se reclama en la jurisprudencia examinada, pues los demandantes manifiestan la existencia de un perjuicio resarcible en su esfera jurídica derivada de una conducta infractora de los deberes matrimoniales. Hemos visto que la infidelidad no es objeto de resarcimiento. En este apartado se aportan algunos ejemplos jurisprudenciales en los que se reclama este daño de la infidelidad y se muestra la posición de los tribunales en cada caso.

Así por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de 2004 (597/2004) nos muestra dicha pretensión del demandante consistente en la imposición a la demandada de una sanción por su infidelidad. La Audiencia reconoce como causa principal de los padecimientos del demandante la infidelidad misma de la mujer antes que la propia pérdida de los que el demandante creía ser sus hijos.

La Sentencia del Tribunal Supremo 404/2012 de 18 de junio de 2012 reconoce que el daño moral que reclama el demandante y recurrente en casación Don Matías procede del engaño sobre la forma de concebir a sus dos hijas (además del hecho de que tras el divorcio de las partes y por decisión de la madre, las hijas se fueran a vivir con el padre biológico). Esta sentencia nos señala la posibilidad de que la infidelidad o el engaño produzca un daño moral en la persona afectada, pues en este caso, supone al actor, Don Matías, la sumisión en una depresión.

La STS 5489/1999 de 30 de julio de 1999 nos muestra la interposición de una demanda sobre reclamación de cantidad de daños morales y patrimoniales (así como otras peticiones como la

nulidad del convenio regulador que rige entre el demandante Marcelino y la demandada Rosario y la nueva liquidación de la sociedad conyugal) y entre las alegaciones del demandante se encuentra el engaño permanente de la demandada, por lo que reclama indemnización en concepto de daño moral. Este hecho del engaño “permanente” nos lleva a plantearnos si la gravedad del hecho cometido y otros factores como pudieran ser la duración de la infidelidad y del engaño; la mayor o menor relevancia y repulsa social que se merece<sup>27</sup>; la clandestinidad del engaño; el impacto psicológico producido en la víctima<sup>28</sup>;... podrían ser relevantes a la hora de considerar el daño moral derivado de la infidelidad como susceptible de reparación económica y a la hora de fijar la indemnización del mismo.

El mismo hecho de que los factores que pueden influir en la valoración de un daño moral derivado de una infidelidad son múltiples y variados y que dependen de las circunstancias únicas de cada caso, junto a la idea de que hablamos de una esfera completamente personalísima, refuerzan mi opinión acerca del no resarcimiento por el incumplimiento de los deberes conyugales y, consecuentemente, el no resarcimiento de los mismos a la persona perjudicada.

La jurisprudencia reconoce en pocos casos de ocultación de la paternidad al cónyuge perjudicado la consideración de la infidelidad de la mujer como daño moral. No obstante, podríamos presuponer que, al menos de forma general, la infidelidad genera un daño moral en la persona que se ve perjudicada, pues si entendemos la celebración del matrimonio como la “asunción recíproca de la exclusividad sexual contraída por ambos cónyuges”<sup>29</sup>, los cónyuges confían en el valor del respeto mutuo, y cuando se produce la infidelidad, esa especie de “contrato” se quiebra, así como ese valor de respeto y confianza mutua y se genera un daño en la esfera íntima y afectiva de la persona perjudicada. “El matrimonio contempla el intercambio de promesas dirigidas a establecer un compromiso de duración indefinida de perseguir metas y objetivos comunes”<sup>30</sup> y esta concepción refuerza la visión mayoritaria de la sociedad de repulsa hacia la infidelidad matrimonial.

---

<sup>27</sup> GÓMEZ POMAR, F., “Daño moral”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.1, 2000, p.10

<sup>28</sup> GÓMEZ POMAR, F., “Daño moral”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.1, 2000, p.11

<sup>29</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho Español”, en *La Ley parte Doctrina- Actualidad*, n. 6676/20007, Las Rozas, 2007, p. 14

<sup>30</sup> LABADIE JACKSON, G., (2013), “Los requisitos de la validez de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial y su eficacia ex post” (tesis), Universitat Pompeu Fabra (España), p. 21

En cuanto a aquellas parejas entre las que no existe vínculo conyugal también cabe plantearse la pregunta de si el conocimiento por una parte de la infidelidad de la otra genera un daño moral. Si bien es cierto que estas personas no están unidas por unos deberes jurídicos: los deberes conyugales, existe una relación que les une y que se puede fundamentar perfectamente en los mismos valores en los que se fundamenta el matrimonio como pueden ser el respeto y la confianza mutua, la exclusividad sexual, la lealtad,...; pudiendo ser considerado el daño moral derivado de la infidelidad de igual forma que lo ha podido ser en una relación matrimonial como por ejemplo en la nombrada Sentencia del Tribunal Supremo 404/2012 de 18 de junio de 2012.

Este daño moral existe si tenemos en cuenta la idea de que “tradicionalmente se ha identificado el daño moral con el sufrimiento o dolor que sufre la víctima”<sup>31</sup>. Lo complicado en el caso que nos concierne es la prueba de la existencia del mismo, es decir, la demostración de la causación de un daño moral en uno de los integrantes de la pareja a causa de la infidelidad del otro y no de otros motivos como puedan ser la pérdida del vínculo biológico del padre con sus hijos o su separación de ellos. De igual forma, el aspecto sobre su resarcibilidad es otro punto de discusión en el asunto sobre el cual nos detendremos más adelante.

Cabe también hacer una pequeña mención a aquellos casos, que si bien no son frecuentes existen y toman mayor relevancia debido a la evolución que ha sufrido la sociedad en cuanto a ideales en los últimos años. Se trata de “supuestos extraordinarios de consentimiento en el mantenimiento de relaciones con terceros dentro del matrimonio”<sup>32</sup> como pueden ser las relaciones abiertas. El surgimiento de estas nuevas concepciones de relaciones hace replantearse de cierto modo la concepción del matrimonio entendida como se ha venido haciendo tradicionalmente. Los valores de exclusividad sexual<sup>33</sup>, de confianza y respeto mutuo de los que hemos hablado previamente y que vienen intrínsecamente asociados al matrimonio se tambalean ante la posibilidad de que el consentimiento prestado esté fundamentado en otros ideales que ponen en cuestión la finalidad del matrimonio. En este

---

<sup>31</sup> LABAT, I., “La privación de bienes y el daño moral: Un aporte desde la Economía de la Conducta y Derecho”, en *Revista de Derecho (Universidad de Montevideo)*, n.30, 2016, p.72

<sup>32</sup> PÉREZ GALLEGÓ, Roberto, “Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm.3, 2015, p. 144

<sup>33</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho Español”, en *La Ley parte Doctrina- Actualidad*, n. 6676/20007, Las Rozas, 2007, p.15

sentido el consentimiento que otorgan los integrantes de la pareja al cumplimiento de los deberes conyugales tendría la trascendencia que los mismos hubieran querido otorgarles. Es por ello, que en estos la existencia de un daño moral derivado del conocimiento de la infidelidad de la esposa es todavía más confuso.

Esto “lleva a un replanteamiento de la cuestión desde el análisis de la propia institución matrimonial, esto es, desde la perspectiva de la importancia y trascendencia que para los contrayentes deba tener su consentimiento al cumplimiento de los deberes a los que se comprometen”<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> PÉREZ GALLEGU, Roberto, “*Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica*”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, ...cit., p. 144

## **B) Descubrimiento de la no paternidad**

El descubrimiento de la no paternidad consiste en la advertencia de la persona (marido/novio) víctima de la infidelidad de su pareja de que el hijo o hijos que creía suyos resultan no serlo fruto de la infidelidad de la mujer y de la posterior ocultación a éste de la concepción y paternidad de los mismos. El marido descubre la verdad biológica sobre los que creía sus hijos y se enfrenta a la “posible pérdida de la filiación legal y de la relación paterno-filial”<sup>35</sup>.

Para que se produzca este supuesto es necesario que la persona perjudicada creyese ser realmente el padre y actuase como tal atendiendo a las obligaciones que se desarrollan en una relación paterno-filial y que consagra el Código Civil como pueden ser el deber de alimentos (artículo 143 CC), así como desarrollando (de forma esperada y ocurriendo en la mayoría de las relaciones paterno-filiales) una relación de afectividad y cariño. En este sentido tiene una gran influencia la presunción de paternidad matrimonial consagrada en los artículos 116 y 117 del CC, que presupone que los hijos que nacen dentro de una relación matrimonial constante al tiempo del nacimiento pertenecen precisamente a ese matrimonio, y por tanto, los contrayentes tienen que asumir las obligaciones jurídicas con respecto a los nacidos. Concretamente el artículo 116 del CC establece que “se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”.

Esta presunción de paternidad que rige en la relación matrimonial es la alegada en la mayoría de los casos por el marido para justificar la creencia desde el primer momento de que el hijo que tiene su mujer es suyo y por tanto habría actuado conforme a sus obligaciones parentales.

Un caso en el que se hace referencia a esa presunción de paternidad es el relatado por la STS (Sala de lo Civil) Sentencia num. 687/1999 de 22 julio. En este supuesto, el actor (Don Alfonso) en su recurso de casación manifiesta que se le atribuyó la paternidad del que creía su hijo (Carlos José) por haber nacido dentro del matrimonio, asumiendo de esta forma las obligaciones correspondientes a esa apariencia de paternidad y creando un vínculo afectivo con el mismo.

---

<sup>35</sup> NEVADO CATALÁN, V., “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.4, 2018, p.14

En la SAP de Cádiz (Sección 8ª) Sentencia num. 88/2014 de 16 mayo, se manifiesta que la presunción de paternidad del artículo 116 CC no tiene lugar en este caso, a pesar de que Don Porfirio (nombre ficticio) reconoce a su hijo como tal por el hecho de mantener en el momento del embarazo relación sentimental con la demandada Doña Laura, puesto que la relación que regía entre ambos era extramatrimonial. Así pues, es necesario que exista relación matrimonial para que rijan la presunción de paternidad.

El descubrimiento de la no paternidad por el marido que es víctima de la infidelidad deriva, por lo general, en la producción de un daño moral y extrapatrimonial cuya indemnización es reclamada en numerosas ocasiones. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de 2004 nos señala un ejemplo, pues en este caso, el actor reclama, entre otras cosas, indemnización (900000 euros) por la producción de un daño moral derivado concretamente de la “pérdida de tres hijos queridos y criados como tales”. Este es un ejemplo que nos muestra la existencia de un daño moral derivado de la pérdida del vínculo biológico del actor con quienes creía sus hijos, es decir, del descubrimiento de su no-paternidad y tanto en Primera Instancia como en la Audiencia se reconoce la existencia de ese daño moral. Concretamente, el tribunal aprecia como graves y considera probadas las dolencias sufridas por el actor, quien incluso arriesgó su vida por sus ideas de suicidio, y lo relaciona directamente con la pérdida de los que consideraba sus hijos y la pérdida de su contacto y de los lazos afectivos que mantenía con ellos, algo que según los facultativos “genera un sufrimiento que puede ser superior al de la muerte de los menores al no poder elaborar el duelo como respuesta a la pérdida sufrida”. Concretamente, el tribunal manifiesta la “imposibilidad psicológica y social de que se puedan mantener sin alteración alguna las relaciones con los menores una vez destruida la apariencia de una paternidad biológica”.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia num. 687/1999 de 22 julio muestra la reclamación del actor Don Gustavo quien promueve juicio declarativo contra la demandada Doña María Concepción sobre reclamación de cantidad. Este reclama una cantidad de dinero (25 millones de pesetas) “por el daño moral recibido, dada la actitud y comportamiento doloso de la demandada al ocultar la verdadera paternidad de aquel”. En esta sentencia el actor y demandante presenta una demanda de reclamación, además de la devolución de los alimentos abonados y los intereses, indemnización por el daño moral



ocasionado por la ocultación de la demandada de la verdadera paternidad del hijo. El actor sostiene que dicha ocultación ha propiciado un perjuicio económico para su persona y una pérdida del vínculo afectivo que había creado con el que creía su hijo.

De igual forma, el demandante Marcelino en la STS 5489/1999 de 30 de julio de 1999, alega la existencia de un daño moral derivado de la pérdida de los hijos entre otras razones.

En la SAP León 2 de enero de 2007, el demandante y apelante Don Pedro Francisco reclama a su exmujer y a al verdadero padre biológico el daño moral por la pérdida por el actor del vínculo biológico que en la apariencia mantenía con su hija menor. El tribunal en apelación, una vez que constata la existencia de dolo en la conducta llevada a cabo por la mujer, reconoce la existencia de daño moral atribuible no a la desaparición del vínculo biológico, puesto que este nunca existió, sino a “la pérdida de convivencia, de la relación y de lazos afectivos en general con una hija que aquél creía suya”.

De la ocultación de la verdadera paternidad se derivan los daños que en algunos casos han sido considerados por los tribunales como indemnizables, no siendo indemnizables, por otro lado, los daños derivados de la infidelidad (como bien hemos comentado anteriormente) ni los derivados de la concepción. Como excepción, el Tribunal declara en la STS 404/2012 de 18 de junio de 2012 que el daño moral que reclama el actor Matías procede no de la pérdida de los hijos sino, en una parte, de la la conducta engañosa llevada a cabo por la mujer en la concepción de las dos hijas.

Respecto a la conducta llevada a cabo por la mujer en la concepción de los hijos no resulta de forma general indemnizable puesto que se trata de una decisión, consistente en tener o no hijos y con quién tenerlos, que corresponde de forma individual a la libertad procreativa de la mujer y es por ello, que “no permite a un tercero obtener indemnización por daños”<sup>36</sup>. Esto contrasta con el deber de fidelidad del artículo 68 CC, pues éste resulta ser un límite a la libertad sexual.

---

<sup>36</sup> NEVADO CATALÁN, V., “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.4, 2018, p. 13

Así pues, en todos estos ejemplos se reclama la existencia de un daño moral que deriva de la ocultación de la paternidad de la mujer al marido y del descubrimiento de la verdad biológica por el mismo, suponiendo en muchos casos no sólo la pérdida la filiación legal sino también de la relación paterno-filial. Esto encuentra fundamentación en la idea del “impacto que tiene en la vida de una persona una circunstancia como es la paternidad, de la que legalmente derivan principalmente obligaciones y que puede llegar a condicionar decisiones vitales”<sup>37</sup>.

Y esto se vería comprendido en la definición de daño moral que proporciona la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2001 (a la que hace referencia la SAP de Barcelona, Sección 18ª de 16 de enero de 2007): “cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito”. En este caso la conducta ilícita sería la ocultación de la paternidad de la mujer al marido y la relación quebrada sería la del padre con el hijo o hijos.

Es preciso hacer mención a dos artículos de interés para este caso. Por un lado, el artículo 94 del Código Civil establece el derecho del progenitor a visitar a los hijos menores o incapacitados que no estén en su compañía<sup>38</sup>. Por otro lado, el artículo 160.1 CC reconoce a los hijos menores el derecho a relacionarse con sus progenitores aunque estos no ejerzan la patria potestad. “Se ha entendido que pese a utilizar el concepto progenitor, el artículo 160.1 CC hace referencia a los padres con independencia de que compartan o no vínculo biológico con el hijo”<sup>39</sup>. Sin embargo, esto es algo que Verónica Nevado Catalán relaciona con la filiación adoptiva o filiaciones establecidas de conformidad con la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, respecto de quienes no aportaron material genético<sup>40</sup>. Por lo tanto, esto nos dificulta plantearnos la posibilidad de que el marido que ha descubierto la verdad biológica sobre quien creía su hijo pueda mantener el contacto

---

<sup>37</sup> NEVADO CATALÁN, V., “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.4, 2018, p.14

<sup>38</sup> NEVADO CATALÁN, V., “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.4, 2018, p. 23

<sup>39</sup> NEVADO CATALÁN, V., “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.4, 2018, p. 23

<sup>40</sup> YZQUIERDO TOLSADA, “Artículo 160”, Código Civil Comentado, Cañizares Laso, A., et al. (dirs.), vol. I, 2ª ed., Thomson Reuters, 2016, págs. 814-815 en NEVADO CATALÁN, V., “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.4, 2018, p. 23

con el mismo, pues pese a que hemos comprobado que los lazos afectivos paterno-filiales subsisten, éste no sería supuesto enmarcado dentro del ámbito del artículo 160.1 CC. Además, esto no encajaría en ninguna de las dos opciones puesto que si se impugna la filiación de quien es padre, deja de serlo, y por tanto no se le atribuiría la custodia y también, “no sería de aplicación el artículo 160.1 CC para la fijación de un derecho de visitas como padre”<sup>41</sup>. Por ello podríamos calificar como daño extrapatrimonial la pérdida o limitación de la relación de un padre con el hijo. Podría plantearse, por otro lado, la posibilidad de reconocer un derecho de visitas en concepto de allegado, para lo que en un principio no se exigiría tener vínculo biológico con el menor. A mi parecer, la posibilidad de que el padre pudiera seguir manteniendo algún tipo de relación con el hijo podría suavizar en cierto modo la existencia de un daño moral derivado de esa privación de contacto, aunque sí podría subsistir daño moral derivado de otros aspectos como es la ocultación de la paternidad llevada a cabo por la mujer. No obstante, esa reparación del daño moral no será completa puesto que esta persona, a pesar de que tendrá la oportunidad de ver ocasionalmente a su hijo, éste ya no podrá mantener una relación ni legal ni de vida como padre con quien considera su hijo y une una considerable relación afectiva. Así pues, en cualquier supuesto considero que el daño moral va a seguir subsistiendo.

En todo caso el daño moral deberá ser probado por quien lo invoca, por ejemplo el sentimiento de abandono, ansiedad o baja estima, ocasionado por la violación de los deberes por parte de su cónyuge, así como el quebranto emocional sufrido por el varón que se creía padre de un niño nacido durante el matrimonio, y que no lo es<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> NEVADO CATALÁN, V., “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.4, 2018, p. 23

<sup>42</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho Español”, en *La Ley parte Doctrina- Actualidad*, n. 6676/20007, Las Rozas, 2007, p.7

### C) Daño moral derivado de las lesiones físicas y psicológicas

La integridad física y psicológica es también un bien extrapatrimonial y es por eso que éste se incluye en el daño moral pues “para parte de la doctrina, hoy minoritaria, la calificación del daño como patrimonial o extra-patrimonial depende directamente de la naturaleza o el bien dañado”<sup>43</sup>.

En cuanto a la doctrina mayoritaria, para la calificación del daño es necesario tener en cuenta “los efectos o consecuencias del hecho lesivo”<sup>44</sup>, de forma que nos encontraremos ante un daño patrimonial si estas recaen sobre el patrimonio de la persona perjudicada o ante un daño moral en caso contrario.

“El daño moral, entendido como *pretium doloris*, que constituye la lesión a la integridad psicofísica de la persona, puede quedar integrado tanto por daños biológicos, los causados a la salud fundamentalmente psíquica, cuanto por daños existenciales, derivados de las modificaciones negativas que se hayan producido en la realidad cotidiana del cónyuge dentro del ámbito en el que se desenvuelve”<sup>45</sup>.

El daño psicológico o físico del que puede ser “víctima” el marido está directamente relacionado con los anteriores dos puntos tratados, pues las dolencias que padece el mismo traen causa del conocimiento de la infidelidad de la esposa en algunas ocasiones, del descubrimiento de la no paternidad en otras o de ambas en otros casos. Nos referimos a “padecimientos del ánimo como la aflicción, la amargura, el ansia, la preocupación”<sup>46</sup>,... es decir, padecimientos emocionales, psíquicos.

Sin embargo, los demandantes han expresado a la hora de interponer sus demandas y recursos la existencia de un daño moral que proviene de las dolencias físicas y psíquicas como la

---

<sup>43</sup> LABAT, I., “La privación de bienes y el daño moral: Un aporte desde la Economía de la Conducta y Derecho”, en *Revista de Derecho (Universidad de Montevideo)*, n.30, 2016, p.72

<sup>44</sup> LABAT, I., “La privación de bienes y el daño moral: Un aporte desde la Economía de la Conducta y Derecho”, en *Revista de Derecho (Universidad de Montevideo)*, ...cit., p.72

<sup>45</sup> PÉREZ GALLEGO, R., “Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm.3, 2015, p. 161

<sup>46</sup> Práctica de Derecho de Daños n.º 133, octubre-diciembre 2017, Nº 133, 1 de oct. de 2017, Editorial Wolters Kluwer, p.2

depresión, traumas, estrés postraumático... Por tanto, encaja en la definición de daño moral como “aquél que comporta un efecto psicológico negativo derivado de una agresión al patrimonio, a la integridad física (*pretium o pecunia doloris*) o a la integridad moral de un individuo (...)”<sup>47</sup>.

Miquel Martín Casals manifiesta que para la apreciación del daño moral es necesario que concurran, por un lado, la lesión de derecho de la personalidad y, por otro, la afectación de la esfera psicofísica. Por tanto, el daño moral es aquel que resulta ser una afectación de la esfera psicofísica que es consecuencia de la lesión de un derecho o bien de la personalidad<sup>48</sup>.

Los tribunales, si bien todavía tienden a seguir la tesis del *pretium doloris*, realizan una distinción entre la partida indemnizatoria que procede del dolor físico que sufre quien lo alega y la que tiene su causa en el dolor psíquico o padecimiento, al que identifican con el daño moral en sentido estricto<sup>49</sup>.

Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo en la Sentencia 404/2012, de 18 de junio de 2012 manifiesta el padecimiento del demandante Don Matías de una depresión, por la cual fue atendido por un psicólogo y que encontró origen en el engaño sobre la concepción de sus dos hijas y del hecho de que tras el divorcio y por decisión de la madre, se fueran a vivir con el padre biológico.

Por otro lado, el demandante Don Marcelino en la STS 701/1999 de 30 de julio de 1999 alega un “sufrimiento psíquico o espiritual de venirse abajo todos sus proyectos de futuro”.

El demandante y recurrente en la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 reclama indemnización en concepto de daño moral por las dolencias físicas y las secuelas psicológicas derivadas de la ocultación de la paternidad biológica por la demandada. El actor alega en la demanda los siguientes daños físicos y psíquicos: “trastorno depresivo ansioso, trastorno depresivo mayor, pérdida de actividad psicológica global (...) en un porcentaje superior al 50

---

<sup>47</sup> MARÍN GARCÍA, I. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, D., “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.2, 2010, p. 6

<sup>48</sup> PÉREZ GALLEGÓ, Roberto, “Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm.3, 2015, p. 162

<sup>49</sup> BARRIOS ZAMORANO, M., “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del “*pretium doloris*”, en *Revista chilena de derecho*, Vol. 35, nº1, 2008, p. 94

por 100”<sup>50</sup>. En el recurso invoca un informe pericial que califica su padecimiento como “trauma de máxima gravedad por imposibilidad de producir el fenómeno natural del duelo”<sup>51</sup>, siendo superior a la pérdida traumática. No obstante, cabe destacar que esta equiparación a la “pérdida de un hijo” no es compartida por todos los civilistas puesto que entienden que eso supone una “cosificación de los hijos, lo que no sería correcto ni siquiera a los efectos de cuantificar el daño”<sup>52</sup>.

El tribunal en apelación estima acreditada la existencia de un daño moral al considerar las manifestaciones que elabora un psicólogo que atiende al actor y que le diagnostica un cuadro clínico compatible con “trastorno por estrés postraumático” como consecuencia de conocer la infidelidad de su esposa y la consecuencia de la misma sobre la paternidad de alguno de sus hijos, quien le orienta a recibir tratamiento psiquiátrico ante el aumento de la gravedad del padecimiento del paciente. El tribunal relata que el actor desarrolló un cuadro de trastorno por estrés agudo al conocer la no paternidad de tres de sus hijos. Este estado de depresión aguda también es constatada por otro doctor especialista en medicina y psiquiatra, concretamente, lo califica como trastorno por estrés postraumático de naturaleza crónica. Estos informes se pueden y de hecho se consideran como prueba para el tribunal para estimar la existencia de un daño moral derivado de la afección psicológica y dolencias graves que sufre el actor al descubrir la no paternidad de tres hijos y perder tanto su contacto como los lazos afectivos que mantenía con ellos. Sin embargo, el tribunal no estima acreditada la existencia de dolencias físicas en el actor.

Un ejemplo en el que se reclama indemnización por dolencias físicas es el de la SAP Valencia Sección 7ª de 5 de septiembre de 2007. En este caso el actor sigue “tratamiento psicológico por ansiedad, depresión, trastorno del sueño, cuadro gástrico con brote ulceroso y prurito en tronco y extremidades que requirieron Tranquimazin, Atarax y Omeprazol”. Estas patologías que encuentran origen en la pérdida de un hijo que sufre el actor son las que podrían encajar en el ámbito físico del daño moral. La demandada que interpone el recurso de apelación alega que no están probadas las periciales médicas que asignarían al actor

---

<sup>50</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7ª), núm. 597/2004 de 2 noviembre de 2004 (AC\2004\1994), p.2

<sup>51</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7ª), núm. 597/2004 de 2 noviembre de 2004 (AC\2004\1994), p.6

<sup>52</sup> NEVADO CATALÁN, V., “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.4, 2018, p. 22

depresión, ansiedad y otras enfermedades físicas. Este recurso es estimado parcialmente por la Audiencia Provincial que refuerza sus argumentos en la idea de la “imposibilidad psicológica y social de que se puedan mantener sin alteración alguna las relaciones con los menores una vez destruida la apariencia de una paternidad biológica”.

La SAP de Cádiz (Sección 8ª) 88/2014 de 16 de mayo es otro ejemplo en el que el actor, demandante y recurrente en apelación, reclama indemnización por daños psicológicos y morales, ocasionados al caer en una profunda depresión cuando tiene conocimiento del engaño llevado a cabo por la esposa. Esta separación de conceptos entre el daño psicológico y daño moral es un punto de discrepancia para la parte demandada que también interpone recurso de apelación al mostrar disconformidad con la condena de instancia al abono de una indemnización por daños psicológicos y daños morales. La parte demandada apelante niega la relación de causalidad, la observancia de alguna patología por el médico de cabecera y pone en duda la afirmación del psicólogo acerca de que la causa de la depresión del actor sea el conocimiento de la falsa paternidad. El tribunal de apelación aprecia “con suficiente nitidez” que el padecimiento moral se ha producido confirmando así la sentencia de instancia que condena a la demandada.

Lo importante en estos casos es demostrar o probar la existencia de estos daños tanto económicos como morales tal y como expresa la STS de 22 de mayo de 1995 y, por mor del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) sobre la carga de la prueba, el daño moral ha de ser probado por quien lo reclama.

## D) Daño moral en relación a la lesión al honor, fama y dignidad

El honor, la fama, la dignidad, la intimidad, el crédito, el prestigio profesional...son ámbitos personales que se pueden ver perjudicados de igual forma por el hecho del descubrimiento de la no-paternidad, concretamente por la ocultación de la misma que hace la pareja. Por ello encajaría en la descripción del daño moral efectivo como “la concreta disminución de utilidad no reemplazable en dinero sufrida por la víctima”<sup>53</sup> y como todo bien extrapatrimonial como el honor, la integridad física o la salud. En la jurisprudencia podemos encontrar numerosos casos en los que se reconoce a la víctima una indemnización por verse lesionado alguno de estos ámbitos como hace por ejemplo el Tribunal Constitucional en el caso Preysler en el que reconoce una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y familiar de la demandante<sup>54</sup>. Esto nos lleva a preguntarnos sobre la incidencia de la lesión de estos ámbitos en el caso que nos ocupa puesto que el honor, la intimidad y la propia imagen están protegidos por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y estos derechos gozan de tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas (art. 9). Si bien la infidelidad, como hemos visto, no da lugar a un daño moral resarcible, ¿es posible que produzca en el marido un descrédito social? ¿Y en el caso de la ocultación de la paternidad?

“Para que concurra el daño moral, no es necesario que existan sufrimientos o padecimientos de carácter físico y ni siquiera moral en las personas”<sup>55</sup>. Esto da pie a que muchas indemnizaciones en la jurisprudencia comparada tengan lugar cuando ha existido una “violación a ciertos bienes como el honor o la intimidad personal o familiar”<sup>56</sup>. Por ello, el daño moral no se limita a la tesis del *pretium doloris*.

Es preciso mencionar que frente a un daño al honor puede corresponder indemnizar las consecuencias emocionales que sufra la persona afectada (como la humillación, el

---

<sup>53</sup> GÓMEZ POMAR, F., “Daño moral”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.1, 2000, p. 11

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 776/2000 de 20 julio de 2000 (RJ 2000\6184) y STC 186/2001, de 17 de noviembre de 2001 en *Práctica de Derecho de Daños* n.º 133, octubre-diciembre 2017, N.º 133, 1 de oct. de 2017, Editorial Wolters Kluwer, p.2

<sup>55</sup> BARRIOS ZAMORANO, M., “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*”, en *Revista chilena de derecho*, Vol. 35, n.º1, 2008, p. 91

<sup>56</sup> BARRIOS ZAMORANO, M., “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*”, en *Revista chilena de derecho*, Vol. 35, n.º1, 2008, p. 91



sentimiento de vergüenza,...), pero también las materiales que puedan concurrir (como por ejemplo la imposibilidad de obtener un trabajo debido al desprestigio o el descrédito)<sup>57</sup>.

Son varios los casos en los que se reclama el daño moral derivado de la lesión de estos aspectos aunque predomina la estimación negativa de los mismos por parte de los tribunales.

Así, por ejemplo, en la SAP de Valencia de 2 de septiembre de 2004 el actor reclama, entre otros daños, el daño moral por el deterioro de su fama, honor y prestigio profesional (reclama la cantidad de 200000 euros). La parte demanda afirma la no constancia de daños al honor, fama ni en su aspecto profesional (al igual que los daños psicológicos y morales) puesto que “ha dado conferencias, ha hecho exposiciones, se ha comprado dos coches deportivos (...)”.

En apelación, el actor, demandante y recurrente, solicita sentencia en la que se condene solidariamente a los demandados (la mujer y el verdadero padre biológico) a indemnizar al actor en la cantidad de 200.000 euros en concepto de daño moral por la intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la fama y a la intimidad del actor. Concretamente, “invoca que ha existido una intromisión ilegítima que ha afectado al prestigio profesional y buen nombre del demandante por la trascendencia pública que los hechos han tenido en el entorno residencial y profesional, dado que la concepción voluntaria y ocultación de tres hijos extramatrimoniales «supone per se una clara ofensa al honor, a la fama, intimidad y buen nombre del actor». Conocer que los hijos no son de quien se consideraba el padre sino del vecino tiene una evidente repercusión negativa”<sup>58</sup>.

El tribunal, respecto a estos daños morales derivados del deterioro de la fama, honor, intimidad y prestigio profesional del actor, considera que no están acreditados y por tanto no los estima. Concretamente manifiesta respecto a estos daños que “si bien puede ser cierto que su no-paternidad fuera un hecho conocido y comentado en los círculos sociales y profesionales en los que se desenvolvía el demandante, no podemos considerar acreditado que tales hechos hayan afectado, en la realidad, a su honor, fama o reputación personal o profesional, pues no son susceptibles de dañar al buen nombre, o a la consideración que las demás personas puedan tener de él, sin perjuicio de que su estado psicológico le haya

---

<sup>57</sup> LABAT, I., “La privación de bienes y el daño moral: Un aporte desde la Economía de la Conducta y Derecho”, en *Revista de Derecho (Universidad de Montevideo)*, n.30, 2016, p. 72

<sup>58</sup>Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7ª), núm. 597/2004 de 2 noviembre de 2004 (AC\2004\1994), p. 6

impedido llevar una vida personal y social similar a la que desarrollaba con anterioridad”<sup>59</sup>. Por lo que el tribunal reconoce que el hecho pueda tener una repercusión social puesto que es algo conocido y comentado por otras personas debido a la publicidad del hecho, pero niega que esto pueda suponer algún perjuicio en cualquiera de los ámbitos protegidos comentados con anterioridad.

En la STS de 22 de julio de 1999 el demandante y recurrente en casación Don Gustavo alega que las relaciones extramatrimoniales que tiene la que fue su esposa y el resultado de estas, el nacimiento de un hijo que el actor había considerado suyo por nacer durante el matrimonio propician unos daños morales innegables a al haber sido humillado y lesionado en su honor y dignidad. Sin embargo, el tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por el actor y por ello entendemos la no apreciación de la lesión de estos derechos en este caso, al igual que en el anterior.

En la STS 5489/1999 de 30 de julio de 1999 El demandante Don Marcelino alega un “sufrimiento psíquico o espiritual de venirse abajo todos sus proyectos de futuro”, lo que se podría relacionar con la lesión de algunos de estos ámbitos como el honor, el prestigio o la intimidad teniendo en cuenta además que, según alega el demandante, la parte demandada dio publicidad en el Diario ElPaís de la verdad biológica, lo que incrementaría a su parecer el daño causado. Sin embargo, la Sala declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor.

SAP de León de 2 de enero de 2007, el demandante reclama en la demanda a los demandados el daño moral por el deterioro de su fama y honor, como consecuencia de la concepción extramatrimonial de la mujer y de la confabulación existente entre los demandados para que la niña fuera tenida como hija del actor. La sentencia de primera instancia rechaza la indemnización por el daño inferido en su fama y honor. La Audiencia por su parte no hace referencia en su sentencia al deterioro de la fama y honor del demandante pero sí constante la existencia del daño moral derivado de la pérdida de la convivencia, de la relación y los lazos

---

<sup>59</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7ª), núm. 597/2004 de 2 noviembre de 2004 (AC\2004\1994), p. 17

afectivos del actor con quien creía su hija, a diferencia de la primera instancia, que desestimó íntegramente la demanda del actor.

Así pues, podemos comprobar que en la mayoría de la jurisprudencia analizada no se reconoce la concurrencia del daño moral derivado de la lesión al honor, la intimidad, el prestigio... Sin embargo, podemos achacar esto a la mayor o menor gravedad de las lesiones o del reproche, lo que determina la interpretación del tribunal en cada caso concreto en función de los hechos acontecidos. “En supuestos de lesión al honor o a la intimidad y aunque el daño no afecte apreciablemente la capacidad de las víctimas de obtener ingresos futuros –por ej., éstas son funcionarios públicos- las indemnizaciones se elevan en función del reproche que, a juicio del Tribunal, merece el difamante”<sup>60</sup>. Por ello, es algo que queda en manos de los tribunales, quienes deciden, en función del mayor o menor reproche de la demandada (la mujer que lleva a cabo la ocultación y que lesionaría el honor del actor) o demandados (la mujer y el verdadero padre biológico), si el actor es digno de indemnización por concurrir una lesión de suficiente entidad de esos bienes jurídicamente protegidos. Sin embargo, para autores como Adriano de Cupis la disminución del prestigio y de la reputación pública, constituye un daño no patrimonial independientemente del dolor o amargura del sujeto que la sufre<sup>61</sup>.

Yo comparto la idea de que la mayor o menor reprochabilidad de la conducta de los demandados en un caso concreto determine el reconocimiento de una real lesión de los bienes como el honor, la dignidad, etc y por tanto, de su indemnización.

---

<sup>60</sup> GÓMEZ POMAR, F., “Daño moral”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.1, 2000, p. 10

<sup>61</sup> De Cupis, Adriano, “El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil”, Editorial Bosch, Barcelona, 1975 en LABAT, I., “La privación de bienes y el daño moral: Un aporte desde la Economía de la Conducta y Derecho”, en *Revista de Derecho (Universidad de Montevideo)*, n.30, 2016, p. 73

### 3.3 Dolo, culpa o negligencia del agente dañoso

En la jurisprudencia analizada en ocasiones se determina la apreciación de un daño moral resarcible en función de que haya concurrido dolo, culpa o negligencia en la conducta llevada a cabo por la mujer que oculta la verdadera paternidad biológica o por la persona con la que ésta mantiene relaciones extramatrimoniales y que resulta ser el padre biológico.

Es necesario hacer un inciso acerca de la diferencia que existe entre el dolo y la culpa, puesto que son conceptos que se reclaman por la víctima respecto a la conducta de la madre en algunos litigios sobre ocultación de la paternidad biológica.

Miguel L. Lacruz Mantecón proporciona una definición tanto para el dolo como para la culpa o negligencia. Podemos considerar que el dolo supone, ante todo, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, no siendo necesaria propiamente la intención de dañar, pero sí la de infringir la ley; en general, se equipara a la mala fe. Por otro lado, la culpa o negligencia supone imprevisión, la falta de cuidado o la no adopción de las precauciones que podrían haber evitado el daño. Para que haya culpa es necesario que el resultado dañoso fuese previsible<sup>62</sup>.

El Código Civil aporta una definición de la culpa o negligencia en su artículo 1.104 que dice así: “La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”.

En derecho civil el dolo se define como “la conducta maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto contrato, valiéndose de argucias y sutilezas de la ignorancia ajena; pero sin intervención ni de fuerza ni de amenazas, constitutivas una y otra de otros vicios jurídicos. Se trata del incumplimiento malintencionado de las obligaciones contraídas (...)”<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Explicaciones aportadas en LACRUZ MANTECÓN, Miguel L., *Síntesis del derecho civil español, t.II, Obligaciones y contratos*, 3ª edic., Kronos, Madrid, Septiembre 2017, p. 137

<sup>63</sup> [https://espana.leyderecho.org/dolo/#En\\_los\\_diferentes\\_Ordenes](https://espana.leyderecho.org/dolo/#En_los_diferentes_Ordenes)

En el supuesto de existencia de vínculo matrimonial el dolo ha sido fijado por la jurisprudencia como requisito de indemnizabilidad del daño entre cónyuges. Sin embargo, la ruptura de la convivencia en común de los progenitores da lugar a la formación de dos núcleos familiares separados y, en consecuencia, el criterio de imputación subjetiva volvería a ser la culpa o negligencia, puesto que entre víctima y dañante no media relación de parentesco o de afectividad alguna<sup>64</sup>.

Valorar la conducta del agente dañoso significa focalizar el interés en ese sujeto activo y en la conducta que lleva a cabo y no en la víctima<sup>65</sup>, por lo tanto, los tribunales van a observar si concurren argumentos para calificar la conducta de los demandados que llevan a cabo la ocultación de la paternidad como dolosa o negligente independientemente del daño que se haya podido producir en la víctima que descubre la verdadera paternidad biológica de quien hasta el momento consideraba su hijo.

Una parte de la jurisprudencia analizada sigue la línea marcada por la Sentencia del Tribunal Supremo del 30 de julio de 1999 en la que se establece la incoercibilidad de los deberes conyugales y por tanto la no resarcibilidad del daño moral en los casos de indebida atribución de paternidad. El demandante y recurrente en casación alega la existencia de dolo y mala fe en la conducta de la esposa respecto a sus obligaciones matrimoniales suponiendo un incumplimiento contractual que ha de tener consecuencias legales, con independencia de que una de ellas sea la de estar incurso en causa de separación. Destaca el engaño permanente de la parte contraria que causa el daño moral que el demandante reclama (engaño permanente junto a la pérdida de los hijos y el sufrimiento psíquico o espiritual de venirse abajo todos sus proyectos de futuro). Además alega que la publicidad que la demandada hace en el diario El País sobre los acontecimientos incrementa dicho daño. Sin embargo, el tribunal no se detiene en analizar la conducta de la demandada sino que se limita a sostener que el daño moral derivado de la infidelidad no es susceptible de reparación económica. Por lo tanto, esta

---

<sup>64</sup> MARÍN GARCÍA, I. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, D., “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.2, 2010, p. 16

<sup>65</sup> CARAPEZZA FIGLIA, Gabriele, “Violación de los deberes conyugales y responsabilidad civil: la experiencia italiana”, en *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.4, 2016, p. 277

sentencia queda fuera del ámbito de la reparación del daño moral en caso de concurrencia de dolo o culpa en la conducta de la demandada.

Como veremos más adelante, esta es la línea jurisprudencial que sigue la sentencia 629/2018 dictada por el Tribunal Supremo el 13 de noviembre de 2018, la más reciente hasta el momento y que marca una influencia a mi parecer importante en la jurisprudencia, en los casos venideros sobre infidelidad e indebida atribución de paternidad.

En estos casos, no se entra a valorar si la conducta llevada a cabo por la demandada que ha sido infiel y ha ocultado la paternidad biológica a su marido o pareja ha sido dolosa o negligente puesto que lo que determina la no resarcibilidad del daño moral es la consideración de un carácter puramente ético o moral de los deberes conyugales sin constituir obligaciones jurídicas en sentido estricto.

Por otro lado, algunos tribunales han optado por seguir la línea jurisprudencial que marca la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1999 que, si bien coincide con la STS de 30 de julio de 1999 en la no resarcibilidad del daño moral causado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, limita la resarcibilidad del daño moral derivado de esa ocultación de la paternidad a la incidencia de dolo en la conducta del agente dañoso. Esto es así si se interpreta la misma a sensu contrario puesto que alude a la no aplicación del artículo 1902 CC al no apreciar una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la demandada. En ella el demandante reclama en su demanda indemnización por el daño moral generado por la actitud y comportamiento doloso de la demandada al ocultar la verdadera paternidad del hijo. La Sala lo que hace es analizar la concurrencia del dolo en la conducta de quien fue la esposa en el momento de la concepción y nacimiento del hijo para decidir sobre la imputabilidad de responsabilidad. Siguiendo este criterio encuentra no acreditado que la mujer supiese con certeza la paternidad biológica del hijo que el demandante toma como suyo por nacer vigente el matrimonio con anterioridad al resultado de las pruebas de paternidad que asignan la misma al amante de la mujer. Como consecuencia, no califica de dolosa la actuación y conducta de la demandada en torno a la ocultación al demandante de la identidad del padre del menor nacido dentro del matrimonio.

En este sentido cabe destacar que el criterio general de imputación de responsabilidad civil en Derecho Español es la culpa, tal y como se predica del artículo 1902 CC, y en esta cláusula general de responsabilidad civil del artículo 1902 CC es posible incluir “todo hecho dañoso, antijurídico, imputable a una falta de diligencia de quien lo comete”<sup>66</sup>.

Podemos precisar que un sector de la doctrina española considera que el dolo o la culpa grave conforman los criterios generales de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares, tal y como afirma Verónica Nevado Catalán<sup>67</sup>. Esta idea es compartida por parte de la doctrina italiana, que la refuerza con la regla general sobre el criterio de imputabilidad que establece el artículo 2043 de su código y que precisa que es necesario averiguar si el comportamiento es subjetivamente imputable al cónyuge que incumple, en cuanto le sea reprochable dolo o culpa<sup>68</sup>. De la misma manera, el Tribunal Supremo Alemán ha reconocido en su jurisprudencia y de forma excepcional el derecho a ser indemnizado si ha habido dolo, es decir, intención cualificada de causar daño<sup>69</sup>.

La no coercibilidad de los deberes familiares propicia que los comportamientos contrarios a ellos, como la infidelidad y ocultación de la paternidad, sean amparados por la causa de justificación del ejercicio de un derecho, salvo en el caso límite del dolo del agente<sup>70</sup>.

Para Gabriele Carapezza Figlia no es preciso que el dolo sea específico, sino que se trata de un dolo genérico relacionado con la idea de que es suficiente la representación y el conocimiento del hecho dañoso, no siendo necesario que el sujeto activo haya pretendido causar al otro un determinado perjuicio<sup>71</sup>. Esto significa que bastaría con que la madre conociese que el hijo no es del marido sino de otra persona con la que ha mantenido relaciones extramatrimoniales independientemente de la concurrencia de otros factores como

---

<sup>66</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho Español”, en *La Ley parte Doctrina- Actualidad*, n. 6676/20007, Las Rozas, 2007, p. 8

<sup>67</sup> NEVADO CATALÁN, V., “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.4, 2018, p.8

<sup>68</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho Español”, en *La Ley parte Doctrina- Actualidad*, n. 6676/20007, Las Rozas, 2007, p. 8

<sup>69</sup> PÉREZ GALLEGÓ, Roberto, “Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm.3, 2015, p.155

<sup>70</sup> CARAPEZZA FIGLIA, Gabriele, “Violación de los deberes conyugales y responsabilidad civil: la experiencia italiana”, en *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.4, 2016, p. 276

<sup>71</sup> CARAPEZZA FIGLIA, Gabriele, “Violación de los deberes conyugales y responsabilidad civil: la experiencia italiana”, en *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.4, 2016, p. 276

pudieran ser la intencionalidad del hecho dañoso o la poca diligencia al mantener esas relaciones. Sin embargo, en este punto entraría en juego la confusión con aquellos casos en los que no se confirma que la mujer no tenía certeza sobre la verdadera paternidad del hijo pero sí tenía alguna sospecha de ello.

No obstante, el análisis de la jurisprudencia consultada me incita a pensar más en la exigibilidad por los tribunales para el resarcimiento del daño moral de un dolo específico en la conducta del agente dañoso puesto que en no todos los casos en los que el agente dañoso conoce la verdadera paternidad se le condena a la reparación del daño moral.

De igual forma, la STS de 22 de julio de 1999 me lleva a pensar que el dolo en estos casos no se presume sino que ha de probarse puesto que el Tribunal Supremo desestima el recurso fundamentando que no han quedado acreditados los hechos aducidos por el demandante y recurrente consistentes en que la mujer había sabido y ocultado de forma dolosa la filiación extramatrimonial del hijo.

De esta forma dependiendo de la existencia de dolo, culpa o negligencia en la conducta del agente dañoso los tribunales confirman la resarcibilidad al actor y víctima del daño moral.

A continuación, vamos a analizar alguna sentencia en la que se involucra la idea del dolo, la culpa o la negligencia en la conducta de la mujer que oculta la paternidad a su marido.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de de noviembre de 2004 se muestra la interposición en primera instancia de una demanda de responsabilidad civil contra la mujer infiel y en ella se reclama la calificación como dolosa o negligente de la conducta de la misma. El actor invoca que “la concepción de los tres hijos que el demandante creía propios, por los demandados fuera del matrimonio, libre y voluntariamente, ocultando el hecho, ha de calificarse de dolosa o, al menos, constitutiva de culpa grave o negligencia”<sup>72</sup>.

La demandada se opone a la pretensión actora y entre sus alegaciones se encuentra la creencia de la misma de que los tres hijos menores eran hijos de su marido hasta el momento en el que el demandante le comunica el resultado de las pruebas de paternidad. Además, mantiene que las relaciones íntimas que mantuvo con su amante eran de carácter pasional, ocasional e

---

<sup>72</sup>Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7ª), núm. 597/2004 de 2 noviembre de 2004 (AC\2004\1994), p.2



irregular mientras que las que mantenía con su marido durante el matrimonio eran normales. En primera instancia no se estima probado el dolo en la concepción extramatrimonial de los tres hijos menores pero sí se observa negligencia en tanto que los demandados no adoptaron los medios que tenían a su alcance para evitar el nacimiento debido a que el nacimiento de tres hijos en 4 años no puede considerarse como fortuito. El actor al interponer el recurso de apelación invoca un error en la apreciación de la prueba sobre la existencia del dolo y solicita que se decrete la concurrencia de dolo en la concepción extra-matrimonial de los hijos que el actor consideraba suyos así como la ocultación al actor de su verdadera paternidad. Para esto aporta una serie de datos que probarían la concurrencia de ese dolo como por ejemplo: el número de hijos que la demandada tiene, que son 3, lo que excluye cualquier relación esporádica; el conocimiento de los distintos métodos anticonceptivos; haber conseguido la demandada no tener hijos durante 8 años; haber justificado la demandada los embarazos con relaciones conyugales puntuales y aisladas, sin el uso de preservativos, dentro de un marco de evitación de la relación infra-conyugal; la visita que el amante hace a la Clínica de Salud donde la demandada da a luz; las manifestaciones que el amante hace a terceras personas proclamando que tiene novia y que es padre; el hecho de que cuando se descubre la no-paternidad, la demandada exige que se haga constar la paternidad del amante antes de que el demandante se hiciera las pruebas de paternidad; en la actualidad nadie concibe 3 hijos de forma involuntaria<sup>73</sup>.

El actor expresa la concurrencia sino de dolo, de culpa, concretamente alude a la existencia de una culpa manifiesta, grave o acentuada, que configura la culpa lata dolo *equiparatur*, y lo relaciona al hecho de que los demandados no hayan adoptado las medidas preventivas que cualquier persona tiene al alcance, al tener 3 hijos extramatrimoniales de forma sucesiva en 4 años. Añade que se trata de un “ejercicio excesivo, anormal o abusivo” de la libertad personal y sexual de los demandados lo que constituye un abuso de derecho y la necesidad de aplicar el artículo 7.2 del CC (sobre el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo y la correspondiente indemnización o adopción de medidas judiciales o administrativas) como complemento del 1902.

---

<sup>73</sup>Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7ª), núm. 597/2004 de 2 noviembre de 2004 (AC\2004\1994), p.5

Por otro lado, el actor en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de 2004, invoca el artículo 1902 CC que hace referencia a aquella persona que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia. En este sentido, podríamos identificar una conducta culposa o negligente de la demandada por acción al concebir tres hijos extramatrimoniales, es decir, por omisión al no haber adoptado las precauciones anticonceptivas que hoy en día existen y están al alcance de todos para evitar la concepción de esos hijos extramatrimoniales.

Por contra, la demandada impugna la sentencia de instancia y alega que no concurre negligencia en su conducta puesto que hace un uso continuo de métodos anticonceptivos en sus relaciones extramatrimoniales (que es lo que determina la sentencia de instancia). Añade que los hijos fueron tenidos por su marido y toda su familia como propios de él. Además, esta parte alega la falta de formación universitaria o médica como justificante para poder no exigirle una mayor diligencia.

La Audiencia comparte el criterio del juzgador de instancia al observar negligencia de los demandados en sus relaciones íntimas, en la procreación de los hijos, pero no dolo o intención maliciosa en la actuación de los mismos, para generar un daño al demandante, al engendrar a los tres hijos. El tribunal rechaza el argumento del desconocimiento de la ineficacia de los anticonceptivos por parte de los demandados puesto que considera que estos conocieron desde un primer momento y de forma inmediata la verdadera paternidad del primer hijo y que, por consiguiente, los medios anticonceptivos usados no eran seguros. Respecto a la ocultación de la paternidad y la asignación de la misma al marido el tribunal aprecia la conducta dolosa de los demandados siguiendo el criterio marcado por la STS de 22 de julio de 1999. Gracias a la prueba testifical de allegados de las partes y la prueba documental estima acreditado que, aunque los demandados pudieran no haber buscado a propósito la procreación de los 3 hijos, éstos sí conocían desde un primer momento que los mismos no eran hijos del marido, ocultando así la paternidad e incluso permitiendo la inscripción de éstos en el Registro Civil como suyos.

En la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) el 16 de enero de 2007 también se hace referencia a la concurrencia de culpa o negligencia en la conducta de

la demandada por aplicación del artículo 1902 CC. El actor y recurrente imputa a los demandados responsabilidad por culpa porque permitieron durante cuatro años y medio que el actor pensara que la hija era suya siendo que podrían haber tenido conocimiento mucho antes y no hicieron nada al respecto y ese descubrimiento de la paternidad biológica resultó en la revocación del amplio régimen de visitas que se había establecido a su favor.

En este caso, la parte actora impugna la sentencia de instancia que niega la indemnización por daño moral al no apreciar dolo en la conducta de la demandada. El tribunal al valorar la diligencia de la demandada frente a la posibilidad de que el padre del hijo no fuera el marido hace una relación con el contexto social en el que se desarrollan los acontecimientos, en el que hay un fácil acceso y obtención de las pruebas de paternidad con un resultado incuestionable. Además, constata como probado que “la demandada mantuvo una relación sentimental con el padre biológico de la menor, constante la convivencia matrimonial, y que durante la época de la concepción tuvo relaciones sexuales con ambos”. Así pues, el tribunal plantea que la demandada debería haber tenido la sospecha de que el padre podía ser el amante y no el marido teniendo en cuenta que mantuvo relaciones con ambos al tiempo de la concepción y los medios totalmente fiables que tenía alcance para conocer la paternidad. Por otra parte, apoya su fundamentación de que la demandada debería haber tenido esa sospecha o al menos el planteamiento de la posibilidad de que el padre de la niña no fuera su marido con el hecho de que el matrimonio había intentado durante nada más y nada menos que 17 años tener hijos sin conseguir resultados incluso sometándose la demandada a tratamiento ante la dificultad de quedarse embarazada junto al hecho de que el embarazo se produjese en un momento temporal en que la demandada mantenía relaciones sexuales con ambos. Si bien el tribunal afirma que la demandada no podía tener certeza sí podía y debía sospechar sobre la paternidad de la hija al igual que debía adoptar las medidas necesarias para averiguarlo. Por ende, la omisión en la adopción de dichas medidas la Audiencia la califica como un comportamiento o conducta negligente (artículo 1902 CC) que deriva en responsabilidad extracontractual. Entonces, aquí la Audiencia comparte el criterio establecido en la STS de 22 de julio de 1999 al exigir en el supuesto enjuiciado la concurrencia de dolo para apreciar la existencia de daño moral y alega que “no está prevista en nuestro ordenamiento la

responsabilidad por pérdida de la relación paterno-filial, derivada de una infidelidad, para los casos de culpa o negligencia”<sup>74</sup>.

La Sala estima que no hay conducta dolosa en la ocultación de la paternidad puesto que las dudas sobre la paternidad surgieron después de la separación conyugal (concretamente la demandada afirma en su contestación a la demanda que las sospechas se iniciaron cuando la menor desarrolló caracteres físicos propios de la familia del padre), al igual que estima que no hay dolo en la ocultación que hacen los demandados de la concepción de la menor. También afirma que no se encuentran ante una acción de responsabilidad extracontractual por la falta negligente en la práctica de pruebas de filiación extramatrimonial.

Como la Sala no aprecia los elementos necesarios que conforman el nexo de causalidad, es decir, el daño moral del actor y la conducta dolosa o negligente de los demandados, no se estima el recurso de apelación del actor y por tanto no se le concede indemnización alguna.

De igual forma, la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7ª) en la sentencia dictada el 5 de septiembre de 2007 considera probado que los demandados en este caso actuaron de forma negligente en la concepción de los hijos y dolosa en su ocultación al actor. La sentencia responde al recurso que interpone la demandada frente a la sentencia de primera instancia que estima en parte la demanda de juicio ordinario instada en reclamación de cantidad por los daños morales, derivados de la situación de depresión, ansiedad y otras dolencias físicas que el actor sufrió al descubrir que, el último hijo que tuvo constante el matrimonio con la primera, no era suyo<sup>75</sup>. La parte demandada con la interposición del recurso alega que no existe dolo ni negligencia en su conducta puesto que no conoció ni ocultó la no paternidad de su esposo en relación con el tercer hijo hasta que se confirmó mediante las pruebas biológicas. Este tribunal, siguiendo el criterio de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de 2004 previamente analizada, entiende que concurre negligencia en la procreación de tal hijo por la demandada y dolo al ocultar al actor (su marido al tiempo de la concepción y nacimiento del tercer y último hijo) su no paternidad del mismo permitiendo incluso que se inscribiera al hijo como tal en el Registro Civil, incluso habiéndose manifestado dudas a ella misma e incluso a su marido.

---

<sup>74</sup>Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), núm. 597/2008 de 31 octubre de 2008 (AC\2009\9), p.4

<sup>75</sup>Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7ª), núm. 466/2007 de 5 septiembre de 2007 (JUR\2007\340366), p.2

La SAP de Castellón (Sección 3ª) de 10 de febrero de 2009 resuelve el recurso de apelación que interpone el demandante frente a la sentencia de instancia que desestima la demanda por entender que la demandada (la esposa del actor) no había incurrido en el comportamiento negligente que se le imputa debido a que no ocultó al actor las dudas que albergaba sobre la paternidad del menor. El demandante en su recurso manifiesta que la negligencia reside en el hecho de que la mujer no tomara las precauciones necesarias para evitar que las relaciones extramatrimoniales que tuvo dieran lugar al nacimiento de ese hijo. El tribunal no considera que el comportamiento de la demandada es negligente puesto que la concepción se produjo en un momento en el que la relación entre los litigantes estaba rota sin poder aventurarse o preverse la reconciliación que más tarde tuvo lugar y por tanto no tiene sentido hablar de si la demandada empleó algún medio anticonceptivo o no.

Asimismo, el tribunal tampoco observa una actitud dolosa o culposa en el supuesto ocultamiento de la no paternidad al demandante porque desde un primer momento, cuando se reconcilian los litigantes, tanto la misma como sus hermanas manifiestan las dudas acerca de la paternidad del hijo. Por ello, en este caso no es aplicable el criterio mantenido en la SAP Valencia de 2 de noviembre de 2004.

De forma contraria, la SAP de Cádiz (Sección 8ª) de 16 de mayo de 2014 establece de forma precisa que no es necesaria la concurrencia de dolo explícito en la conducta de la demandada que ha sido infiel y ha ocultado la paternidad de un hijo extramatrimonial al marido sino que el mero incumplimiento del deber de fidelidad cualificado por el embarazo de un tercero atribuido falsamente por vía de presunción a su marido, es hecho que genera por sí mismo su responsabilidad civil<sup>76</sup>.

Podríamos decir que este criterio de la conducta dolosa o culposa que han utilizado los tribunales españoles en numerosos casos es el que comparte con la Corte de Casación italiana que establece que “la violación de la obligación de fidelidad producirá un daño resarcible solamente cuando, por ser grave, reiterada y ofensiva, produzca la lesión de un bien autónomo jurídicamente tutelado, como la dignidad, la integridad psico-física, el honor o la

---

<sup>76</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8ª), núm. 88/2014 de 16 mayo de 2014 (JUR\2014\203955), p.4

intimidad del cónyuge ofendido”<sup>77</sup>. De esta forma, el ocultamiento de la no paternidad que llevaría a cabo una mujer de forma intencionada y/o negligente podríamos considerarlo como una infracción grave del deber conyugal de fidelidad y, por tanto, una conducta reprochable que propicia la reparación del daño moral ocasionado al ofendido. Este sería el ejemplo de sentencias como la STS de Madrid de 18 de junio de 2012 en la que el tribunal relaciona el daño moral que reclama el demandante como consecuencia de la pérdida de dos hijas criadas como tales y concebidas por los demandados ocultándole la realidad de tal concepción y paternidad, con el engaño que lleva a cabo la demandada sobre la forma de concebir a sus dos hijas y al hecho de que tras el divorcio de los litigantes, se fueran a vivir con el padre biológico, situación que sumió “en una depresión” por la que fue atendido por un psicólogo, momento a partir del cual se concretó el daño moral padecido y reclamado. No obstante, el transcurso del plazo de prescripción de un año para ejercitar la acción de reclamación contemplada en el artículo 1902 CC propicia que el tribunal desestime el recurso de casación que interpuso el demandante.

En conclusión, en todos los casos en los que la responsabilidad derivada del ocultamiento de la no paternidad depende de la concurrencia de dolo o culpa de la demandada podemos apreciar que el interés del sujeto activo del ilícito basado en el dolo o culpa prevalece respecto al de la víctima, que en el caso que nos ocupa se identifica con el hombre que ha descubierto la no paternidad sobre un hijo que había tomado como suyo por nacer durante el matrimonio y cuya paternidad había sido ocultada por la madre y esposa. “El dolo, de hecho, más que operar como un simple criterio de imputación de responsabilidad, actúa como un canon de composición de un conflicto de intereses, en el que el autor del hecho dañoso se considera particularmente merecedor de tutela, por lo que sólo cede en presencia de una conducta dolosa”<sup>78</sup>. El dolo en la jurisprudencia analizada constituye un claro elemento del ilícito “endofamiliar”. Así pues, la mujer infiel que oculta la paternidad a su marido de un hijo extramatrimonial sería responsable (el Código Civil alude a la responsabilidad en el

---

<sup>77</sup> CARAPEZZA FIGLIA, Gabriele, “Violación de los deberes conyugales y responsabilidad civil: la experiencia italiana”, en *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.4, 2016, p. 275

<sup>78</sup> Cfr. CENDON, P.: Il dolo nella responsabilità extracontrattuale, Torino, 1974, p. 156 s.; VISINTINI, G.: I fatti illeciti, II, Padova, 1990, p. 247 ss. en CARAPEZZA FIGLIA, Gabriele, “Violación de los deberes conyugales y responsabilidad civil: la experiencia italiana”, en *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.4, 2016, p. 277

artículo 1.102 y siguientes) en tanto y cuando mediara dolo o culpa en esa actitud, es decir, tuviera la intención maliciosa de engañar al marido o no tomase las medidas apropiadas para evitar generar un daño moral en la persona demandante.

### **3.4 Nexos de causalidad entre el ilícito civil y el daño objeto de resarcimiento**

En último lugar, debemos hacer referencia a otro elemento: el nexo de causalidad entre el ilícito civil, que lo podríamos identificar con la infracción del deber conyugal de fidelidad o/y la ocultación de paternidad y el daño objeto de resarcimiento, que sería el daño moral que se atribuye al hombre que ha descubierto que el hijo o hijos que creía suyos en verdad son hijos del amante de su cónyuge, quien ocultó la paternidad al mismo. Es decir, para poder indemnizar a la víctima es necesario que concurra esa relación de causalidad e imputación objetiva que predicen los artículos 1.101 y 1.902 del CC sobre responsabilidad contractual y extracontractual respectivamente.

Lo que nos ha quedado bastante claro a través de la jurisprudencia analizada, concretamente a través de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de julio y 30 de julio de 1999 que funcionan como referencia para muchas sentencias posteriores que tratan el mismo tema de la indebida atribución de paternidad, es que el daño moral que se genera a consecuencia de una infidelidad no es susceptible de reparación económica. Por tanto, considero que no es preciso indagar en la existencia de una relación de causalidad entre la infracción del deber conyugal de fidelidad y el daño moral causado en la víctima puesto que los deberes conyugales no son una obligación jurídica en sentido estricto sino que simplemente tienen un carácter puramente ético o moral.

Sin embargo, la jurisprudencia, como hemos visto, ha seguido en ocasiones el criterio de causalidad que se puede deducir de la STS de 22 de julio de 1999 interpretada a sensu contrario. En ella la relación de causalidad existe entre el ilícito civil identificado con la ocultación de forma dolosa o culposa de la no paternidad por parte de la demandada y el daño moral derivado de esa conducta.

Así pues, los tribunales estudian el nexo de causalidad respecto a la concepción y ocultamiento de la no paternidad del hijo extramatrimonial de forma dolosa o negligente y el daño moral derivado de esa actitud ilícita.



La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) en su sentencia de 16 de enero de 2007 reconoce al demandante indemnización por daño moral por apreciar que existe nexo causal entre el ilícito civil consistente en la conducta negligente de la madre, que no hizo las comprobaciones pertinentes en cuanto a la paternidad de su hijo sabiendo que al tiempo de su concepción mantenía relaciones íntimas con su marido y su amante a la vez y disponiendo de los medios que hoy en día están a tu disposición para averiguar la paternidad, y el daño moral producido en el marido que se relaciona con la extinción de la relación paterno-filial derivado de la conducta de la demandada.

También, la Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia de 2 de septiembre de 2004 reconoce la existencia de nexo causal entre el ilícito civil correspondiente con la conducta negligente y dolosa de la demandada y el daño moral, lo que propicia que el tribunal conceda al demandante una indemnización de 100.000 euros. El tribunal estima acreditado la producción de un daño moral y observa negligencia de los demandados en la procreación de los hijos (ya sabían los demandados que el primero de los hijos no era del marido y que por tanto los medios anticonceptivos utilizados no eran seguros) y dolo en el ocultamiento de la paternidad.

La misma Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7ª) en su sentencia de 5 de septiembre de 2007 aprecia que concurre el nexo causalidad entre el daño y la conducta reprochable y por tanto la indemnización del daño porque estima probado que los demandados actuaron de forma negligente en la concepción de los hijos puesto que los medios anticonceptivos usados no eran seguros y dolosa en su ocultación al actor, propiciando así la creación del daño moral en el actor consistente en la extinción de la relación paterno-filial al descubrir la verdad biológica, lo que resulta ser el desencadenante del daño.

En la SAP de León de 2 de enero de 2007 el tribunal aprecia también el nexo de causalidad entre la conducta dolosa de la demandada al ocultar la verdadera paternidad y el daño moral que se deriva de ello, vinculado la pérdida de convivencia, de la relación y de lazos afectivos en general con una hija que aquél creía suya. Por ello aparece la obligación reparadora establecida en el artículo 1902 CC.

En conclusión, para que los tribunales aprecien relación de causalidad entre el ilícito civil y el daño moral producido en la víctima en los supuestos de indebida atribución de paternidad, el daño moral debe derivarse directamente de la conducta de la demandada al ocultar de forma dolosa y/o negligente la verdadera paternidad.

#### **4. Indemnización por el daño moral: carácter resarcitorio, determinación y cuantificación del daño moral**

Una vez concurren todos los elementos que exige la responsabilidad contractual (artículo 1101 CC) o la responsabilidad extracontractual (artículo 1902 CC): conducta dolosa o negligente, daño moral resarcible y nexo de causalidad, el tribunal procede a determinar una indemnización para resarcir el daño al ofendido.

Es preciso hacer un inciso sobre las consecuencias que las lesiones corporales de un individuo pueden acarrear puesto que pueden suponer indemnización tanto patrimonial por los gastos médicos (como el pago de un psicólogo, de las medicinas,...) o lucro cesante (como el dinero que dejas de ganar en el hipotético caso de quedarte sin trabajo debido a las lesiones), como indemnización de carácter moral por las consecuencias emocionales de las lesiones. En estos casos habría un daño material derivado de un daño moral y por tanto habría que hacer una distinción entre el daño moral puro y las consecuencias o incidencias económicas del agravio moral, es decir, el daño patrimonial o material.

Si se contraviene la obligación genérica de no causar daño a otro (*alterum non laedere*) se crea la obligación de indemnizar, no es dolor o el sufrimiento lo que obliga a resarcir<sup>79</sup>. Homologar el daño moral entendido como *pretium doloris*, que se puede “materializar” en dolor, pesar, inquietud,...en la víctima como consecuencia de la conducta ajena puede llevar a error. Estos conceptos son consecuencia o efecto de la lesión que sufre la víctima como puede ser en su integridad psico-física, en sus derechos al honor, la fama y la intimidad personal, la propia imagen...

Se puede afirmar que “tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que existe una necesidad de armonizar las indemnizaciones para casos semejantes”<sup>80</sup>. Esto nos incita a pensar en la necesidad de una unificación jurisprudencial mediante la que se determine de forma clara la procedencia o no de la indemnización en estos casos. De todas formas, a día de

---

<sup>79</sup> BARRIOS ZAMORANO, M., “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*”, en *Revista chilena de derecho*, Vol. 35, nº1, 2008, p. 93

<sup>80</sup> LABAT, I., “La privación de bienes y el daño moral: Un aporte desde la Economía de la Conducta y Derecho”, en *Revista de Derecho (Universidad de Montevideo)*, n.30, 2016, p. 74

hoy siguen existiendo distintas posturas doctrinales acerca de la indemnizabilidad del daño moral derivado de la infracción del deber conyugal de fidelidad.

Hemos observado que los tribunales entienden que el resarcimiento procede ante incumplimientos, graves o reiterados, de las obligaciones conyugales, merecedores de relevancia y repulsa social y siempre que se den los presupuestos de la responsabilidad civil. Esta sería una concepción sancionadora de la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento del deber conyugal de fidelidad

Sin embargo, el autor Marcelo Barrientos Zamorano opina que “no se puede tener una vida siempre libre de tales contratiempos, anestesiada, y menos pretender que siempre se indemnicen ante cualquier inobservancia en materia de daños los imputables a un tercero”<sup>81</sup>. Este pensamiento incita a pensar que el criterio del dolor, pesar o molestia sufrido por la víctima no es del todo suficiente para fundar en él la responsabilidad por daños extrapatrimoniales ni constituir, pues, fuente de la obligación de resarcimiento. Indemnizar el daño moral basado en el dolor, la angustia, la ansiedad,... en el caso del ocultamiento de la no-paternidad podría llevarnos a pensar que esa indemnización también tendría lugar para otros momentos en el que una tercera persona lo inflige a otra, sin embargo, eso pondría en punto de mira cualquier actitud “sospechosa” dentro del matrimonio, lo que equivaldría a una posible conflictividad en la convivencia matrimonial.

Por otro lado, si bien en ocasiones la indemnización concedida por la transgresión del deber conyugal de fidelidad tiene carácter sancionatorio, es importante también tener en cuenta las posturas de ciertos autores que expanden la indemnización del daño moral a la protección de otros ámbitos como el derecho al respeto de la vida familiar (reconocido en el artículo 8 CEDH<sup>82</sup>), lo que permite que la culpa o negligencia, por responsabilidad extracontractual, siga manteniéndose como criterio de imputación subjetiva, pero derivada ahora de la violación del derecho a la vida familiar y no de la conducta de infidelidad; o el deber de respeto entre los cónyuges recogido en el artículo 67 CC.

---

<sup>81</sup> BARRIOS ZAMORANO, M., “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *"pretium doloris"*”, en *Revista chilena de derecho*, Vol. 35, nº1, 2008, p. 94

<sup>82</sup> Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales

Para la autora Esther Farnós Amorós la indemnización concedida no se desvincula totalmente de la infidelidad y de una cierta concepción social y, además, en tanto que indemniza unos daños morales, puede consistir en un pretexto para no justificar la cuantía finalmente concedida. Por ello, lo más adecuado en los casos en los que la infidelidad va seguida del nacimiento de hijos extramatrimoniales y de la ocultación de la verdadera paternidad, en beneficio del principio de seguridad jurídica, sería que los tribunales resolvieran únicamente sobre la procedencia de la reclamación de las cantidades pagadas en concepto de alimentos, ya sea por la vía de la responsabilidad extracontractual o del enriquecimiento injusto<sup>83</sup>.

A la hora de la determinación y cuantificación de la indemnización por daño moral es importante mencionar que “los perjuicios patrimoniales se producen desligados de los morales y viceversa”<sup>84</sup>, es decir, ambos, tanto el daño patrimonial como el moral, pueden originarse por un mismo hecho que en este caso se corresponde con la ocultación de la no-paternidad derivada de la infracción del deber conyugal de fidelidad, pero son daños absoluta y totalmente autónomos. Por ello, el juez no puede en su sentencia razonar el monto de la indemnización de este daño moral en función de la que conceda por el perjuicio patrimonial, que en estos casos podríamos identificar por ejemplo con la indemnización que los tribunales reconocen a la víctima por los alimentos abonados (pensiones alimenticias) a quien creía su hijo durante el tiempo que ha sufrido el engaño hasta el descubrimiento de la verdadera paternidad biológica del mismo. De igual forma, el juez no puede determinar la indemnización en función de la gravedad del ilícito cometido como tampoco puede no dar lugar al resarcimiento del daño moral en razón de haber otorgado la indemnización por los perjuicios patrimoniales habidos<sup>85</sup>.

El daño moral es, a mi parecer, difícilmente de cuantificar y determinar, pues no existen parámetros que los tribunales puedan seguir para traducir el sufrimiento que conforma el daño moral en términos económicos. La propia SAP de León de 2 de enero de 2007

---

<sup>83</sup> FARNÓS AMORÓS, E., “*El precio de ocultar la paternidad Comentario a la SAP Valencia, Sec. 7ª, 2.11.2004*”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.2, 2005, p. 10

<sup>84</sup> BARRIOS ZAMORANO, M., “*Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del "pretium doloris"*”, en *Revista chilena de derecho*, Vol. 35, n°1, 2008, p. 88

<sup>85</sup> BARRIOS ZAMORANO, M., “*Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del "pretium doloris"*”, en *Revista chilena de derecho*, Vol. 35, n°1, 2008, p. 88

manifiesta que la evaluación económica de los daños morales es complicada y hace referencia a la STS (Sala 1ª) de 28 de marzo de 2005 en cuanto a que comparte la idea de que esos daños “afectan a intereses espirituales del ser humano y se concretan a la perturbación en el ámbito personal del sujeto, aunque no incidan en intereses económicos”.

Por otro lado, no podemos determinar “a partir de qué “nivel” de desagrado podemos considerar el daño moral como resarcible y no como una mera sensación de poca relevancia”

<sup>86</sup>

Los tribunales a la hora de cuantificar la indemnización procedente tienen en cuenta los daños que se deben compensar y atienden al alcance de los mismos así como su intensidad, la duración de los dolores, sufrimientos y los perjuicios<sup>87</sup>, el impacto en su vida (como por ejemplo la producción de la baja laboral),...de igual forma, tienen en cuenta las consecuencias del daño moral en sí (como puede ser la generación de trastornos depresivos) y las circunstancias individuales de la persona víctima del daño.

Podemos observar la consideración de este tipo de factores a la hora de la determinación y cuantificación de la indemnización en la jurisprudencia analizada. Por ejemplo, podríamos considerar que el daño que sufre el actor en la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 es superior al que se le atribuye al actor en la SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007 puesto que el primero descubre que su mujer le ha ocultado la paternidad biológica y extramatrimonial de 3 hijos que éste consideraba suyos mientras que en el segundo caso se oculta tan sólo un hijo.

A este respecto, también podemos hacer referencia, además de a la gravedad de los hechos, la duración del ocultamiento de esa no-paternidad puesto que en el primer caso esa ocultación al producirse por tres personas tiene una duración más prolongada en el tiempo, mientras que en el segundo caso la ocultación sólo tiene lugar durante un año. Así pues, la gravedad de los hechos junto con la relevancia y repulsa social que merecen serían factores que cobran gran importancia en la fijación de la indemnización por daño moral. En este sentido, podríamos pensar que es mayor el daño que sufre el actor en el primer caso que el del segundo puesto que ha podido crear “mayor” vínculo afectivo con sus hijos al convivir más tiempo con ellos

---

<sup>86</sup> Práctica de Derecho de Daños n.º 133, octubre-diciembre 2017, N° 133, 1 de oct. de 2017, Editorial Wolters Kluwer, p.1

<sup>87</sup> BARRIOS ZAMORANO, M., “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del “pretium doloris”, en *Revista chilena de derecho*, Vol. 35, nº1, 2008, p. 100

y ejercitar sus labores paternas durante más tiempo, en cambio el segundo no ha convivido tanto tiempo con su hijo como el primero. Sin embargo, no sé si podemos llegar a calificar o incluso cuantificar el daño moral en estos casos y mucho menos compararlo con otras situaciones similares. Si bien las circunstancias en cada caso son diferentes no parece muy lícito considerar que el daño que sufre una víctima es inferior o superior al de otra que se encuentra en la misma situación.

Estos criterios son valorados por el tribunal y, de hecho, observa una mayor indemnización en el caso de la víctima que descubre la no paternidad de 3 de sus hijos (100.000 euros) que aquella que la descubre de un sólo hijo (12.000 euros). Estos ejemplos nos pueden llevar a pensar que los tribunales, dentro del margen de discrecionalidad en el que trabajan, están sometidos a una especie de criterios imperativos o reglas de graduación del daño moral.

Además, en casos como estos dos tratados (SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 y SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007) el tribunal apoya su decisión de indemnizar a la víctima al acreditar la producción del daño moral y al entender y compartir lo depuesto por facultativos sobre el sufrimiento generado, que “puede ser superior al de la muerte de los menores al no poder elaborar el duelo como respuesta a la pérdida sufrida”<sup>88</sup>.

El tribunal en la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 incluso incrementa la indemnización correspondiente a la víctima por apreciar una dolencia muy grave en ella que incluso puso en riesgo su vida por sus ideas de suicidio.

Estos factores también regulan la mayor o menor concesión de indemnización económica.

Otro ejemplo de influencia de la duración de la creencia errónea en una persona de que es padre es el de la SAP de Oviedo de 18 de Mayo de 2012<sup>89</sup>, en la que la indemnización concedida a la víctima es menor (3.000 euros) por la escasa duración de la relación de la pareja y del lapso del tiempo durante el que el actor permaneció en el error.

---

<sup>88</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7ª), núm. 466/2007 de 5 septiembre de 2007 (JUR\2007\340366), p.5

<sup>89</sup> PÉREZ GALLEGÓ, Roberto, “Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm.3, 2015, p.165

Por tanto, los tribunales siguen una serie de criterios para la fijación del quantum indemnizatorio como el número de hijos, los años que dura el engaño, el vínculo paterno-filial existente y la gravedad de los daños que se acreditan<sup>90</sup>.

La indemnización en estos casos siempre toma la forma de dinero, es decir, es una reparación económica del daño. Esto nos incita a preguntarnos cuestiones como si debe indemnizarse el daño moral o acerca de cuál es el carácter de la indemnización a aquellas personas que han descubierto la no paternidad de un hijo que creían suyo y que había sido ocultada por la mujer. ¿Tiene la indemnización carácter resarcitorio? ¿Es la reparación económica el único medio para la reparación del daño moral en estos casos?

Podemos determinar que la finalidad de la responsabilidad civil no es otra que la reparación integral de la víctima, del daño que ésta sufre. En el caso que nos ocupa lo que buscan los tribunales es resarcir el daño moral que se ha producido en la víctima y que puede derivar del propio conocimiento de la infidelidad, del descubrimiento de la no-paternidad y la pérdida del vínculo no sólo legal sino también afectivo con quien creía su hijo o hijos o que puede tomar nombre de daño moral que afecta a la integridad psicofísica o a otros aspectos como la fama, el honor o la personalidad.

Sabemos que actualmente el dinero no es equivalente en cantidad y calidad del bien perdido o lesionado pero “sí es un medio apropiado para procurar el alivio del dolor injustamente provocado”<sup>91</sup>. Digamos que la indemnización económica es un medio para tratar de aliviar o compensar el daño, tristeza, desazón,... que puedan sufrir estas víctimas. En mi opinión, probablemente la reparación económica no logre una reparación total de daño puesto que el daño moral en estos casos es muy subjetivo, personalísimo y depende de las circunstancias que concurren en cada caso.

El dinero no se puede equiparar al sufrimiento sufrido por aquellas personas que descubren que el hijo o los hijos que creían suyos no lo son en realidad y que pierden su vínculo legal e

---

<sup>90</sup> NEVADO CATALÁN, V., “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.4, 2018, p. 24

<sup>91</sup> LABAT, I., “La privación de bienes y el daño moral: Un aporte desde la Economía de la Conducta y Derecho”, en *Revista de Derecho (Universidad de Montevideo)*, n.30, 2016, p. 74



incluso, en ocasiones, el contacto con ellos. Esto es así porque el dinero influye en el patrimonio de la víctima pero no en la esfera afectiva o personal que se ha visto afectada por ese sufrimiento. Por ello, no se trata de una indemnización por equivalente, pues resulta imposible restablecer unos bienes que son personalísimos. De todas formas, es difícil pensar en otro modo de resarcimiento o incluso pensar que existe alguno para paliar el sufrimiento de la víctima. El dinero no funciona como una estimación de lo que se ha dañado y si bien no reemplaza puede compensar de alguna manera el daño sufrido, “dando a la víctima una posible satisfacción que ponga a su alcance otros medios, otras satisfacciones que atenúen la pérdida sentida y que importan algo que el Derecho no puede desconocer nunca, cual es, que un bien extrapatrimonial que ha sido conculcado debe ser indemnizado”<sup>92</sup>. Lo que manifiesta Martín-Casals es que lo que el dinero puede hacer en estos casos “*es ofrecer unos bienes de diferentes características, que respondan a unos deseos totalmente diferentes y que proporcionen diferentes satisfacciones. Debe servir de medio para posibilitar al dañado perseguir otros fines que le dejen en una situación que, aunque sea diferente de la existente ex ante, sea tan favorable como aquella*”<sup>93</sup>.

Como dice la SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007 “han de tenerse en cuenta y ponderarse las circunstancias concurrente en cada caso, pues lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino de contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro”.

Así pues, “la indemnización pecuniaria no repara el daño moral pero contribuye a mejorar la situación de la víctima”<sup>94</sup>.

El dinero puede por ejemplo ayudar a costear el tratamiento psicológico, la atención o las medicinas que propicien el alivio del padecimiento de la víctima o de alguna manera puede aliviar su dolor.

---

<sup>92</sup> BARRIOS ZAMORANO, M., “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*”, en *Revista chilena de derecho*, Vol. 35, nº1, 2008, p. 98

<sup>93</sup> MARTÍN-CASALS, Miquel (1990): “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, en: *asociación de profesores de derecho civil, Centenario del Código Civil (1889-1989) tomo II* (Madrid, CEURA) pp. 1238 y ss, en BARRIOS ZAMORANO, M., “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*”, en *Revista chilena de derecho*, Vol. 35, nº1, 2008, p. 99

<sup>94</sup> MARÍN GARCÍA, I. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, D., “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.2, 2010, p. 8

En conclusión, la tarea judicial consistente en determinar el quantum indemnizatorio no es algo preciso o sistemático como puede ocurrir con otros ámbitos en los que interviene el daño moral, como puede ser los casos de agresiones a la libertad sexual o a la autoestima y reputación donde el Tribunal Supremo concede indemnizaciones de forma sistemática sin exigir acreditación de un impacto psíquico, o los casos de accidentes de circulación, en los que la fijación de la indemnización por los daños morales se establece a partir del baremo establecido para la responsabilidad civil derivada de accidentes de tráfico<sup>95</sup>. Criterios como la duración del engaño o la gravedad del daño son tenidos en cuenta para establecer esa indemnización.

Si bien la indemnización no tiene carácter de equivalente sí que tiene carácter compensatorio y por ello podríamos calificar la indemnización como “compensación satisfactiva”<sup>96</sup>.

La indemnización concedida a la víctima en estos supuestos puede suponer además de una función compensatoria, otras funciones alternativas como la preventiva, en base a la imposición al causante de los costes que su conducta ha generado, o la punitiva, en base al juicio de reprochabilidad de la conducta<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> Nuevo baremo introducido por la Ley 35/2015, de 22 septiembre que modifica el existente con anterioridad contenido en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor

<sup>96</sup> Práctica de Derecho de Daños n.º 133, octubre-diciembre 2017, N.º 133, 1 de oct. de 2017, Editorial Wolters Kluwer, p.3

<sup>97</sup> MARÍN GARCÍA, I. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, D., “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.2, 2010

## 5. La prueba del daño moral

Otro aspecto del que no surgen dudas porque se desprende del artículo 217 de la Ley Enjuiciamiento Civil (LEC) es que el daño moral debe ser probado por quien lo reclama y “es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, cuando emane de un daño material o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, no así cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la *in re ipsa loquitur*, o cuando se da una situación de notoriedad, supuestos en los que no es exigible una concreta actividad probatoria”<sup>98</sup>. Esto significa que el daño, para poder ser resarcible, tendrá que probarse siempre y cuando no concurren circunstancias notorias o que por sí mismas toman una relevancia suficiente para estimar el daño sin necesidad de probarlo. Este es el ejemplo de la SAP Cádiz (Sección 8ª) de 16 de mayo de 2014 que manifiesta que consta con suficiente nitidez que el padecimiento moral se ha producido cierta y efectivamente. Esto puede considerarse así al tener en cuenta informes psicológicos que diagnostican a la víctima una sintomatología leve depresiva con síntomas de carácter hostil, informes médicos que reconocen la ansiedad y depresión que padece la víctima,... Por ello, la Audiencia en apelación confirma la sentencia de instancia que indemnizaba a la víctima en una cantidad de 21.199,24 euros.

Las pruebas, como por ejemplo los informes médicos o psicológicos, sirven como criterios a tener en cuenta a la hora de establecer la indemnización aunque a veces no son apreciados por la clara evidencia de la existencia del daño moral según alegan los tribunales en alguna ocasión.

---

<sup>98</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8ª), núm. 88/2014 de 16 mayo de 2014 (JUR\2014\203955), p.9

## 6. La excepción de prescripción de la acción

Es preciso hacer una breve referencia a la excepción de prescripción de la acción puesto que ésta es alegada y aludida en bastantes ocasiones respecto a la ocultación de la verdadera paternidad. Esta excepción es invocada por los demandados a la hora de presentar sus contestaciones a demandas o de interponer sus recursos. Se trata de una herramienta para garantizar la seguridad jurídica que protege el artículo 9.3 de la Constitución Española.

Tal y como dice el tribunal en la STS de Madrid de 18 de junio de 2012 “la determinación del día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones es función que corresponde en principio a la Sala de instancia, y su decisión al respecto, estrechamente ligada a la apreciación de los hechos, es cuestión perteneciente al juicio fáctico, no revisable en casación”<sup>99</sup>.

Por acción nos referimos a la acción que el actor que sufre el daño moral posee para exigir y reclamar responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de las que trata el artículo 1.902 CC. Esta acción prescribe por el transcurso de un año tal y como predica el artículo 1.968 (apartado segundo) CC.

Un punto interesante que presenta este apartado del artículo 1.968 CC es que ofrece el momento desde el que se ha de comenzar a contar esa prescripción. Expresa que el cómputo de plazo comienza a contar “desde que lo supo el agraviado”.

Esto es algo que los propios tribunales han aplicado en el caso que nos concierne a la hora de resolver sobre la excepción de la prescripción de la acción alegada por los demandados. Todos coinciden en que el plazo empieza a contar desde que el actor descubre la verdad biológica sobre la persona a quien creía que era su hijo. Pese a tener en cuenta que las sospechas pueden iniciarse de forma previa durante el matrimonio, las discusiones de pareja u otras razones, coinciden que el punto de referencia para el cómputo es la resolución que pone fin al procedimiento de impugnación de la filiación matrimonial, es decir, el momento de constatación por el actor de su no-paternidad, puesto que es el momento a partir del cual el actor conoce con certeza su no paternidad y el momento a partir del cual puede emprender acciones reclamando el daño moral derivado de ese ocultamiento de la paternidad, puesto que

---

<sup>99</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª), núm. 404/2012 de 18 junio de 2012 (RJ 2012\6849), p.3

hacerlo con anterioridad no tiene sentido al no ser el procedimiento judicial firme y no poder, por tanto, reclamar por unas consecuencias derivadas de un procedimiento que todavía está en trámite ya que no está permitido por el Ordenamiento Jurídico.

A este respecto la STS (Sala Primera) de 14 de Julio de 2010 señala que “en caso de daño duradero o permanente el plazo de prescripción comenzará a correr desde que lo supo el agraviado, es decir, desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, excluyendo, por tanto, que los daños reclamados puedan presentarse como continuación o agravación de los daños hechos posteriores a la propia presentación de la demanda”. Así pues, en algunos casos como este para el cómputo de la prescripción se tendrá en cuenta el momento en el que la víctima tuvo conocimiento del daño. En este ejemplo, el tribunal desestima el recurso de casación por entender la acción de responsabilidad civil extracontractual prescrita puesto que el actor podría haber solicitado los daños morales derivados de una enfermedad de miocardiopatía dilatada con 5 años de anterioridad a cuando lo hizo por lo que ya había transcurrido el plazo de prescripción de 1 año, a contar desde que pudo ejercer la acción.

La SAP de León de 2 de enero de 2007, en la que los demandados invocan la excepción de prescripción, es un ejemplo del momento que se tiene en cuenta para empezar el cómputo del plazo de prescripción. Establece que el procedimiento de impugnación de la filiación matrimonial y de reconocimiento de la extramatrimonial del actor marca el comienzo del plazo prescriptivo, “pues a partir de ese momento, el actor supo que se le habían acabado las armas legales para seguir luchando por seguir siendo el padre de la que hasta entonces había sido su hija”<sup>100</sup>, pudiendo entonces ejercitar las acciones sobre responsabilidad civil que son las que trata este tribunal.

En la SAP de Valencia de 2 de Septiembre de 2004 el tercero que resulta ser el padre biológico de los 3 niños se opone a la pretensión actora y alega la prescripción de la acción porque antes de efectuarse las pruebas de paternidad el demandante vivía como posibilidad obsesiva la no-paternidad de sus hijos. Sin embargo, la sentencia de instancia rechaza dicha

---

<sup>100</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 2ª), núm. 1/2007 de 2 enero de 2007 (JUR 2007\59972), p. 3

prescripción porque estima que el plazo para el ejercicio de la acción ha de computarse desde la constatación por el actor de su no-paternidad y no desde que el marido conoció la posibilidad de que los hijos no fuesen suyos. Los demandados reiteran en sus recursos de apelación que el actor vivía con la posibilidad obsesiva de que los tres niños menores no fuesen hijos suyos, cuando se presentó la demanda ya había transcurrido el plazo de un año que determina el artículo 1902 CC. La Audiencia comparte los razonamientos de la sentencia de instancia respecto a este punto.

En la STS de Madrid de 18 de junio de 2012 en cambio, se desestima la demanda interpuesta por el actor por entender que ha transcurrido en exceso el plazo de prescripción de un año.

Por tanto, para poder contemplar una indemnización a la víctima por los daños derivados de la ocultación de la verdadera paternidad es necesario que ésta presente en tiempo la acción de responsabilidad civil.

## 7. Responsabilidad de la tercera persona involucrada en la infidelidad

Ante la asignación de responsabilidad civil por los daños morales ocasionados en la víctima por la ocultación de la paternidad de forma dolosa o negligente cabe preguntarnos si la tercera persona con la cual mantiene relaciones extramatrimoniales el cónyuge infiel está sujeto también a responsabilidad. Nos podemos plantear la posibilidad de que este tercero tenga responsabilidad también siempre que supiera o debiera saber que la mujer con la que mantenía relaciones estaba casada, puesto que podría estar lesionando el derecho a la fidelidad del cual es titular el otro consorte. Se trataría quizás de una violación del deber de respetar los derechos ajenos, entendido como manifestación del genérico principio de *neminem laedere* y que se vincularía a los deberes conyugales<sup>101</sup>. De igual forma, el tercero podría conocer que él es el padre biológico del hijo de la madre y por tanto estaría participando en esa ocultación de la no-paternidad del actor. También podría ocultar esa paternidad para aprovechar las ventajas económicas que conlleva el no hacerse cargo de un hijo puesto que requiere muchos sacrificios, en cuyo caso podríamos quizás estar hablando de responsabilidad por la que atribuir al actor una indemnización por las pensiones alimenticias abonadas a quien creía su hijo hasta el momento. Se trataría de un cobro de lo indebido por el enriquecimiento sin causa del tercero que no ha mantenido al hijo durante el tiempo que el marido creía que era hijo suyo y que se encuentra regulado en los artículos 1.895 y siguientes CC.

Hemos visto en varias sentencias que la persona con la que es infiel la mujer y el padre biológico del niño o niños objeto de esa ocultación por parte de la misma es parte del procedimiento al ser demandado junto a la madre por responsabilidad civil derivada de los daños morales ocasionados en el actor que descubre que quien o quienes creía hasta el momento sus hijos en verdad lo son de otra persona.

Un ejemplo en el que se demanda a ambas personas es el de la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004. La sentencia de instancia condena a los demandados al pago de forma solidaria de una indemnización al actor por valor de 50.000 euros por los daños morales

---

<sup>101</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho Español”, en *La Ley parte Doctrina– Actualidad*, n. 6676/20007, Las Rozas, 2007, p. 16

sufridos. En el recurso de apelación interpuesto por el padre biológico de los 3 hijos alega que no hay negligencia en su conducta puesto que utilizaron medios anticonceptivos y que los niños siempre fueron tenidos por hijos del actor y que no conocía que eran suyos. Añade que hasta transcurridos varios años no tuvo constancia de la ineficacia de los métodos utilizados y que se consideraron matrimoniales los hijos al mantener la mujer relaciones sin protección con su marido. Manifiesta que lo ocurrido ha de inscribirse en el ámbito de la infidelidad matrimonial, sin llevar aparejada sanción ni indemnización y que en ningún caso puede hablarse de solidaridad puesto que él no está en la misma posición que la madre que era la esposa del actor. Sin embargo, el tribunal de apelación aprecia una conducta negligente en la concepción de los hijos y dolosa en la conducta de ambos demandados al ocultar la paternidad, así como estima acreditada la producción de un daño moral en el actor y por ello estima parcialmente el recurso interpuesto por el actor y modifica la indemnización en la cantidad de 100.000 euros a pagar de forma solidaria por los demandados.

La SAP (Sección 2ª) de León de 2 de enero de 2007 es un ejemplo en el que el actor interpone la demanda no solamente contra la madre sino también contra el tercero que resulta ser el padre biológico de la niña.

También es un ejemplo de reclamación por el actor a los demandados del daño patrimonial por el enriquecimiento injusto del codemandado, por los alimentos que el actor, sin obligación alguna, al no ser hija suya, prestó a la niña.

El tribunal para apreciar una indemnización al actor sigue el mismo criterio para ambos demandados que se desprende de la STS de 22 de julio de 1999 consistente en la intervención de dolo en la conducta de los demandados a la hora de ocultar, de forma continuada, la verdadera filiación de la menor. El tribunal no aprecia de forma tan clara como en el caso de la demandada dicha intención maliciosa en la ocultación llevada a cabo por el amante puesto que éste manifestó que hasta que no se hicieron las pruebas biológicas no estuvo convencido de que la niña fuera suya. Sin embargo, plantea como contradictorios hechos acontecidos como que aceptara ser el padrino de pila de la niña y que en la demanda reclamara que se declarara a la niña como hija no matrimonial suya. Es por ello que constata dolo en la conducta del padre biológico de la niña.



Finalmente, al observar dolo en la conducta de ambos demandados y constatar el daño moral en el actor, el tribunal establece una indemnización por valor de 30.000 euros que ha de ser abonada por ambos demandados de forma conjunta y solidaria al actor recurrente.

Esta sentencia también resuelve sobre el enriquecimiento injusto del padre biológico que no se hace cargo durante casi nueve años del cuidado y alimentos de su hija. En este sentido cabe mencionar que el tribunal para asignar responsabilidad a esta persona estudia los requisitos establecidos en el artículo 1.895 CC y que son los siguientes: “1) un pago efectivo con la intención de extinguir una deuda o en general de cumplir un deber jurídico; 2) inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe por la falta de causa, que puede ser motivada, bien cuando falta la relación de obligación entre solvens y accipiens, bien porque jamás haya existido la obligación, porque la deuda ya está pagada, o porque se haya entregado mayor cantidad de la debida; y 3) error por parte del que hizo el pago, siendo indiferente que el error sea de hecho o de derecho”<sup>102</sup>.

El tribunal de apelación difiere de la sentencia de instancia en cuanto que ésta rechaza esta reclamación por considerar que “La alimentación y educación de los hijos de uno sólo de los cónyuges que conviven en el hogar familiar correrían a cargo de la economía doméstica, en el ámbito del deber conyugal de ayuda y socorro mutuo”. Sin embargo, el tribunal de apelación alega que esto es así si existe un conocimiento pleno del cónyuge no progenitor y asunción consciente de tal responsabilidad, cosa que no ocurre en el presente caso puesto que el actor asumió por error los alimentos de quien no era hija suya desde un principio, sin tener obligación legal de hacerlo. Por ello, condena al padre biológico al pago de 16.200 euros por ese enriquecimiento injusto.

Así pues, no en todas las sentencias que resuelven sobre el daño moral derivado de la ocultación de la paternidad interviene el tercero que resulta ser el verdadero padre biológico puesto que en ocasiones resulta ser codemandado junto a la madre que ha llevado a cabo la ocultación de la paternidad y en otras no. Lo que parece claro es que cuando se observa responsabilidad en la conducta de ambos demandados éstos responden ante la indemnización que el juez o tribunal les asigna, de forma conjunta y solidaria.

---

<sup>102</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 2ª), núm. 1/2007 de 2 enero de 2007 (JUR 2007\59972), p.5

En mi opinión, sería un tanto contradictorio que la mujer debiese responder por su conducta dolosa en la ocultación y el tercero que conoce o ha podido conocer la verdadera paternidad y que incluso se ha podido aprovechar de la situación, no respondiese. En todo caso, habría que comprobar que la actitud o conducta de esta tercera persona está directamente relacionada con el daño moral por el que reclama indemnización el actor (artículo 217 LEC).

## **8. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 629/2018, de 13 de Noviembre**

No podemos terminar este estudio sobre el tratamiento jurisprudencial de la cuestión del daño moral derivado de la indebida atribución de paternidad fruto de la infracción del deber conyugal de fidelidad sin hacer mención a la sentencia más reciente que ha resuelto el Tribunal Supremo sobre este aspecto y que va a marcar una línea jurisprudencial bastante nítida. Esta sentencia es la STS 629/2018, de 13 de Noviembre de 2018, que pone fin a un procedimiento judicial que se inicia con la interposición de una demanda de juicio declarativo ordinario por parte de quien llamaremos “Señor Y” contra la “Señora X” en la que se alude a la acción para exigir el cumplimiento de las acciones que nacen de la culpa extracontractual (artículo 1.902 CC).

Los antecedentes de hecho se resuelven de la siguiente manera: el Señor Y y la Señora X tuvieron 3 hijos vigente el matrimonio que nacieron en los años 1992, 1994 y 1997.

Por sentencia de 1 de septiembre de 2001 los cónyuges se separan, se aprueba un convenio regulador y se pone a cargo del padre, en concepto de alimentos a los tres hijos, el 45 % de los haberes líquidos que pudiera percibir.

Tiempo después, se decreta por sentencia de 28 de junio de 2009 el divorcio con las medidas pertinentes entre las cuales se encuentra la prestación de alimentos en favor de los tres hijos de 700 euros mensuales y el pago por mitad del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda.

Tras un proceso de filiación, se declara la no paternidad del Señor Y respecto del segundo de los hijos que había venido considerando como hijo suyo, nacido en julio de 1994. Ante esta situación, el actor, el Señor Y, formula una demanda frente quien había sido su esposa para reclamarle los siguientes conceptos:

- a) 35.304,37 euros en concepto de pensiones de alimentos abonados a su hijo, en virtud de sentencias, primero de separación y luego de divorcio.
- b) la mitad de los gastos abonados para la determinación de la paternidad
- c) 70.000 euros en concepto de daños morales

La parte demandada, la Señora X, se opone a dichas pretensiones y plantea la excepción de prescripción de la acción (de la cual hemos hablado anteriormente) de conformidad con el

artículo 1.968.2 CC. Ésta es estimada por el Juzgado de Instancia que argumenta que había transcurrido más de un año (tiempo de prescripción establecido para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902 CC) desde que el actor supo que el menor no era su hijo biológico, siendo el año 2008 cuando el actor interpone la pertinente demanda sobre impugnación de la paternidad, y 9 de noviembre de 2011 cuando se presenta la papeleta de conciliación y no siendo hasta el 13 de junio de 2013 cuando se presenta la demanda.

El actor posteriormente interpone recurso de apelación que es estimado por la Audiencia Provincial que también estima en parte la demanda.

En primer lugar, considera que la acción no está prescrita puesto que el plazo ha de computarse, según el artículo 1968.2 CC, “desde que lo supo el agraviado” y relaciona ese momento con la firmeza de la sentencia en el procedimiento de filiación que coincide con el día 9 de noviembre de 2010 y su posterior inscripción registral. Manifiesta que instado acto de conciliación el 9 de noviembre de 2011, la prescripción se interrumpió hasta la celebración de dicho acto el 13 de junio de 2012, por lo que al presentarse la demanda el 13 de junio de 2013, la acción ejercitada no estaba prescrita.

En este sentido cabe mencionar el artículo 1973 CC que establece que “la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales (...)”.

En segundo lugar, la Audiencia, una vez acreditada la falta de paternidad por parte del actor, constata una ocultación dolosa al marido en la conducta de la Señora X con el propósito de beneficiarse de las cantidades que tenía obligación de abonar en concepto de alimentos, lo que determina que se le deban devolver esos alimentos que pagó y que se le indemnice al actor en 15.000 euros por los daños morales ocasionados “dada la situación de clara frustración y desasosiego de quien durante mucho tiempo ha tenido relación, contacto y cariño con quien pensaba que era su hijo, para luego enterarse que se trataba de un hijo ajeno”, lo que le habría influido hasta el punto de haber estado de baja por daños psicológicos.

Por tanto, podemos ver que este tribunal sigue el criterio de la conducta dolosa y la acreditación de la producción de un daño moral en el actor derivado de esa conducta de la que fue su esposa para reconocer al actor una indemnización por daños morales.

La demandada y progenitora del menor interpone recurso de casación por cuatro motivos:

1º Infracción de los artículos 1968.2 y 1969 del CC y de la doctrina jurisprudencial sobre el cómputo del plazo de prescripción: entiende que éste debe iniciarse en el momento en el que el actor supo que el menor no era su hijo con los resultados del estudio genético al que se habría sometido privadamente en el año 2008, y luego en el juicio de filiación donde se practicó una segunda prueba de paternidad en el Instituto de Toxicología de Sevilla el 17 de agosto de 2010, no siendo hasta el 9 de noviembre de 2011 cuando se interpuso la papeleta de conciliación y posteriormente, el 13 de junio de 2013, cuando se formula la demanda que inicia el presente procedimiento.

2º Infracción del artículo 1902 CC: considera que, más allá de que la infidelidad que dio lugar al nacimiento del hijo no es como tal indemnizable, no ha existido dolo por parte de la demandada puesto que ésta conoce que su marido no es el padre biológico del segundo de los hijos en el proceso de filiación, a resultas de la prueba biológica realizada, por lo tanto, no ha existido engaño ni ocultación por parte de la misma.

3º Infracción del artículo 1902 CC y de la jurisprudencia del TS sobre la inexistencia de culpa extracontractual que determine responsabilidad de la demandada y, por tanto, la restitución de lo indebidamente cobrado en concepto de alimentos.

4º Infracción del artículo 1902 CC y de la jurisprudencia del TS sobre la inexistencia de culpa extracontractual que determine la responsabilidad de la demandada y, por tanto, de las acciones indemnizatorias por daño moral y psicológico.

Admitido el recurso, el actor Don Y presenta escrito de impugnación del mismo.

Una vez puesto en contexto el presente caso entramos a analizar la resolución del Tribunal Supremo, centrándonos en su perspectiva sobre la indemnización del daño moral que aquí se reclama.

Respecto a la prescripción alega que el *dies a quo* para computar el plazo prescriptivo de la acción es el momento en que cesa la presunción de paternidad por sentencia de 9 de noviembre de 2010, y se practica la inscripción, dado que de otra forma la acción ejercitada

sería inoperante; plazo que luego es interrumpido por la conciliación, por lo que la demanda se formula en plazo. Por ello, este primer motivo sobre la prescripción de la acción se desestima.

De forma breve mencionar que el tribunal estima el motivo segundo del recurso sobre la improcedente devolución de los alimentos abonados para el sustento del hijo, que dejó de serlo a partir de la acción. Manifiesta que bajo la presunción de paternidad reforzada por la de convivencia de los cónyuges el actor debía llevar a cabo las obligaciones legales que integran la potestad de los padres, entre ellas la de velar por los hijos y procurarles alimentos, siendo efectiva hasta que se destruye esa realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial. Apoya su decisión sobre la no devolución de los alimentos abonados en la idea de que los alimentos no tienen efectos retroactivos (sentencia de 18 de abril de 1913 que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1987) y por tanto no se puede obligar a devolverlos; y en la idea de que el carácter consumible de los alimentos impide que se produzcan efectos retroactivos cuando tiene lugar la filiación (artículo 112 CC).

Respecto al tercer motivo sobre responsabilidad civil por daños morales en el ámbito familiar, en el concreto supuesto de ocultación de la paternidad, hace referencia a cuatro sentencias desestimatorias de la pretensión indemnizatoria de daños morales: 687/1999 , de 22 de julio; 701/1999, de 30 de julio; 445/2009, de 14 de julio, y 404/2012 de 18 de junio. Estima este motivo porque comparte la posición contraria sobre la aplicación de la normativa propia de la responsabilidad civil extracontractual en las relaciones de familia posiblemente para preservar estas relaciones.

Como en varias sentencias que hemos analizado, el tribunal estudia y tiene como referencia las sentencias del mismo órgano 687/1999, de 22 de julio y 701/1999, de 30 de julio. Hemos visto que mientras que la primera deniega la responsabilidad de la esposa que oculta la verdadera paternidad del hijo por no observar dolo en su conducta al entender que ésta no la conoce hasta el tiempo de la interposición de la demanda de impugnación de la filiación; la segunda sostiene que “el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna (...)”, por tanto, no se han infringido los artículos 67 y 68 CC en relación al 1101 CC. Esta última expresa que lo contrario llevaría

a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial conllevaría indemnización.

Esta Sala descarta la aplicación al caso del artículo 1902 CC referida a la conducta dolosa del cónyuge que ocultó al otro la paternidad de uno de los hijos (criterio que sigue la STS de 22 de julio de 1999) y opta por compartir en lo sustancial lo expresado en la STS de 30 de julio de 1999.

La Sala niega que el daño moral derivado de la infidelidad del otro sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, bien contractual bien extracontractual, “a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar”.

Plantea que lo manifestado no impide la aplicación del sistema general de responsabilidad civil previsto en el artículo 1902 CC o la sanción de conductas propias del ámbito penal y de los derechos fundamentales. Considera que para que el daño se estime indemnizable, en el marco de la relación de matrimonio roto por el divorcio, ha de tener origen en la condición de persona afectada por la acción culposa o negligente de quien lo causa y no en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio como el de fidelidad (art. 68 CC).

La Sala comparte la idea de la sentencia 701/1999 de 30 de julio de que los deberes estrictamente matrimoniales no son coercibles jurídicamente con medidas distintas, como ocurre en otros casos como con la nulidad matrimonial, a través de una indemnización al cónyuge de buena fe (art. 98 CC), puesto que no se dice nada sobre las consecuencias que en este ámbito tiene la desatención de los deberes impuestos en el artículo 68 CC (convivencia, fidelidad y socorro mutuo entre otros).

Mantiene esta postura tanto para el caso de que el daño se relacione con la infidelidad matrimonial como con la ocultación de los efectos de la infidelidad que en el presente caso se trata de la ocultación de un hijo que se ha tenido como tal sin serlo, más allá de que lo que lleva a la ocultación es el incumplimiento del deber de fidelidad.

En base a estos argumentos el Tribunal considera que la demandada no es responsable por los daños morales y psicológicos reclamados por el actor en la demanda y por ellos estima el recurso de casación interpuesto por la demandada Doña X. En su fallo expresa que casa en parte la sentencia recurrida y deja sin efecto los pronunciamientos de condena relativos a los alimentos del menor (el segundo hijo que nace en el año 1994), que aparecía como hijo del demandante, Don Y, a la indemnización de daños morales, manteniéndola en todo lo demás.



## 9. Conclusiones

La finalidad de la responsabilidad civil consiste en reparar el daño causado por la acción u omisión dolosa, culposa o morosa de una persona. Bien sea por vía de la responsabilidad civil contractual, regulada en el artículo 1.101 CC, bien por la vía extracontractual, regulada en el artículo 1.902 CC, encontramos una serie de elementos comunes que sirven de guía a los jueces y tribunales a la hora de atribuir responsabilidad civil a la persona infractora así como asignar una indemnización a la persona afectada por la conducta infractora.

En los procesos sobre reclamación del daño derivado de la indebida atribución de paternidad, cuyo origen se remonta a la infracción del deber conyugal de fidelidad, en algunos casos se tramitan a través de la responsabilidad contractual y en otros a través de la extracontractual, siendo más abundantes los de la segunda opción.

La clasificación de estos procesos dentro de la responsabilidad contractual o extracontractual puede encontrar explicación en la unión existente entre los litigantes. Si entre éstos media una relación conyugal se puede interpretar que existe un contrato entre ambos por el que los cónyuges se comprometen a respetar los deberes conyugales que de ese matrimonio se derivan. La infracción de algunos de esos deberes como el deber de fidelidad regulado en el artículo 68 CC y la producción de un daño derivado de esa conducta infractora se interpreta como un incumplimiento de las obligaciones contractuales que se desprenden del matrimonio y por ello entra en juego la responsabilidad civil contractual. Por otro lado, si entre esos litigantes a la hora de suceder la conducta infractora que en este caso la identificamos con la ocultación de la paternidad, no media relación conyugal puesto que ha habido un divorcio (la disolución del matrimonio está regulada en el Capítulo VIII) o, si al tiempo de interponer la demanda tampoco existe relación conyugal, estamos hablando de responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo, no resulta de relevancia la reclamación del daño moral en estos casos por una vía de responsabilidad u otra puesto que los elementos a tener en cuenta por los jueces y tribunales para valorar la procedencia de la indemnización por el daño moral coinciden y al fin y al cabo los criterios seguidos se aplican por igual en ambos casos sin distinción alguna. Finalmente, hemos visto que la sentencia más reciente del Tribunal Supremo 629/2018 de 13 de noviembre de 2018, que esclarece la incertidumbre sobre la procedencia de la indemnización del daño moral en los casos de ocultación de la paternidad

derivado de la infracción del deber conyugal de fidelidad, niega que este daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, ni contractual ni extracontractual.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 687/1999, de 22 de julio y 701/1999, de 30 de julio sirven de referente a los jueces y tribunales a la hora de juzgar los casos sobre indebida atribución de paternidad. De estas sentencias se desprenden dos criterios. El primero de ellos es que las obligaciones conyugales no tienen carácter jurídico y, por tanto, el daño moral derivado de la infracción de las mismas no es susceptible de reparación económica. Esta idea es compartida por el tribunal en ambas ocasiones. No obstante, la STS de 22 de julio aporta una interpretación que va más allá de la infracción de los deberes conyugales, pues ésta marca la distinción entre esa infracción y la ocultación de la paternidad que la mujer lleva a cabo respecto a su marido que descubre que quien creía su hijo en realidad no lo es. Esta sentencia marca una línea jurisprudencial seguida por los tribunales en numerosas ocasiones, y consiste en la apreciación de la responsabilidad civil del infractor y la asignación de la indemnización por el daño moral causado a la víctima en función de la constatación de dolo o culpa en la conducta de la demandada o los demandados a la hora de llevar a cabo esa ocultación.

Los elementos analizados por los tribunales para la atribución de la indemnización son entonces los siguientes: el incumplimiento del deber conyugal de fidelidad, la existencia de un daño moral resarcible, la acreditación de una conducta dolosa o culposa del agente dañoso y el nexo de causalidad entre el ilícito civil y el daño moral objeto de resarcimiento.

El daño moral se relaciona con la esfera afectiva, íntima y emocional de la víctima. En este caso, el daño moral se relaciona en algunos casos con el hecho de que la víctima ha sufrido la infidelidad por parte de su pareja, en otros se relaciona con el descubrimiento por el actor de que quien creía su hijo hasta el momento en realidad lo es de una tercera persona con la que su mujer ha mantenido relaciones extramatrimoniales y que ha ocultado la verdadera paternidad del hijo. La presunción de paternidad matrimonial que establecen los artículos 113 y 116 CC reforzada por la presunción de convivencia del artículo 69 que entran en juego cuando un niño nace constante la relación de matrimonio, propician que el actor asuma su paternidad con todas las implicaciones económicas y afectivas que implican las relaciones

paternofiliales. Destruir el lazo afectivo de esa relación paterno-filial es lo que propicia en el actor una serie de lesiones psicológicas e incluso físicas, como por ejemplo depresión, y otras sensaciones íntimas como tristeza o desazón. En ocasiones, el actor incluso reclama el resarcimiento del daño moral derivado de la lesión de bienes como el honor, fama y dignidad.

Respecto al incumplimiento del deber conyugal de fidelidad está clara la no coercibilidad de este deber puesto que las obligaciones conyugales no tienen carácter jurídico en sentido estricto, por lo tanto, la falta de su cumplimiento no da lugar a un daño resarcible. Coincido en este punto puesto que considero que aunque el Código Civil atribuya carácter jurídico a estos deberes conyugales, su naturaleza personalísima imposibilitan el cumplimiento forzoso en forma específica de los mismos. Si bien es algo que no veo ni la sociedad ve por lo general con “buenos ojos” considero que el daño procedente de la infidelidad no debe repararse.

Muchas sentencias relacionan el daño moral sufrido por la víctima con la ocultación de la paternidad que la madre lleva a cabo respecto al demandante y que tiene origen en la infidelidad. Y es en este momento cuando los jueces y tribunales entran a valorar la indemnización del daño moral en función de la gravedad de ese incumplimiento de la obligación conyugal de fidelidad así como las circunstancias concurrentes en cada caso para ver si se acredita el elemento del dolo o la culpa en la conducta de la madre que oculta la paternidad. Así pues, en estos casos, los tribunales siguen la línea jurisprudencial basada en la indemnización en caso de que la conducta dolosa o negligente de la demandada sea la desencadenante del daño moral de la víctima. En este sentido, para determinar la procedencia o no de la indemnización se tienen en cuenta aspectos como la gravedad y la reiteración de los hechos (la indemnización es por ejemplo mayor si se oculta la paternidad durante un período más largo de tiempo o si se oculta la verdadera paternidad de más de un hijo); el dolo del o de los demandados al ocultar, de forma continuada, la verdadera filiación del menor; o la culpa o negligencia de los demandados (como por ejemplo a la hora de no adoptar las precauciones necesarias al mantener relaciones extramatrimoniales o a la hora de no realizar las pertinentes pruebas para conocer la verdad biológica del niño o niña sospechando o pudiendo sospechar que la paternidad sea distinta a la atribuida al actor, el que sufre el daño).

Rechazadas las cuestiones planteadas por los demandados como la excepción de prescripción de la acción de responsabilidad civil del artículo 1.968 CC (que fija en un año el plazo de

prescripción desde que el agraviado conoció el agravio, que se relaciona con el descubrimiento de la no paternidad a través del resultado de las pruebas biológicas) y constatado el nexo de causalidad entre el daño moral derivado de ese descubrimiento por parte del actor de la no-paternidad sobre quien había considerado como hijo suyo hasta el momento y la conducta dolosa o negligente de la madre en la ocultación de eso mismo (o también del amante, siendo codemandado en ocasiones) que deriva de la infracción del deber conyugal de fidelidad, los tribunales han procedido en varias ocasiones a la reparación del daño moral. Esta reparación se produce mediante una indemnización económica no exenta de controversia respecto a su utilidad, pues se trata de reparar un daño no cuantificable que afecta a la esfera personalísima de la víctima, o respecto a la discrecionalidad de los jueces en su valoración en función de la gravedad o repulsa social que merezcan los hechos acontecidos por ejemplo. La concesión de esta indemnización alude a la obligación de reparar el daño causado por un acto u omisión ilícito en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia tal y como se desprende del artículo 1.089 CC, que comprende tanto el ilícito penal como el ilícito civil.

Sin embargo, la reciente sentencia del Tribunal Supremo 629/2018 de 13 de noviembre de 2018 resuelve de manera distinta a la previamente mencionada, es decir, rechazando la posibilidad de la indemnización del daño moral derivado de la ocultación de la paternidad en caso de que se constate que este se ha originado a raíz de la actitud dolosa o negligente de la demanda. Esta sentencia confirma la línea jurisprudencial marcada por la Sentencia del Tribunal Supremo 701/1999, de 30 de julio basada en que el daño moral que tiene origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio no es indemnizable, bien se relacione con la infidelidad matrimonial bien con la ocultación de los efectos de la infidelidad. Añade que se trata de “un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar”.

Comparto la opinión del tribunal puesto que reparar el daño derivado de la infidelidad podría dar lugar a la creación de un sistema de separación y divorcio culposos, pudiendo aumentar la conflictividad en las crisis matrimoniales. El argumento del “juicio de moralidad complejo” es también utilizado por el tribunal para el caso de la ocultación de la paternidad, idea que comparto y añado la idea de que determinar la indemnización por la ocultación de paternidad

es algo que depende de circunstancias únicas y personalísimas en cada caso. Nos encontramos ante el inconveniente de que el daño moral es un daño subjetivo que tiene carácter de personalísimo y es difícil determinarlo o cuantificarlo, y por ello considero que el derecho no debe entrometerse en asuntos tan personales como son aquellos que surgen en el ámbito de las relaciones conyugales. Asimismo, la concepción de daño moral tal y como se entiende en la actualidad es susceptible de cambiar en función de la vida social, haciendo que lo que por ahora se considera grave, en este caso la infidelidad y sus consecuencias, pueda resultar irrelevante en otro momento. No tendría mucho sentido establecer una serie de pautas para la reparación del daño moral en estos casos como sucede con el baremo que contiene la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor para la reparación del daño moral que se propicie en las víctimas de accidentes de tráfico, porque hablamos de circunstancias únicas, complejas y personalísimas que no se pueden cuantificar de ninguna forma. Por ello resulta imposible establecer reglas para la determinación y cuantificación del daño moral en todos los casos en los que se acredite su aparición.

Si bien se constata un daño en la víctima que descubre su no paternidad puesto que se trata de una ruptura de un vínculo afectivo y emocional entre padre e hijo, e incluso, en ocasiones, supone no sólo la pérdida legal sino también de convivencia entre ambos, el Tribunal Supremo (en la sentencia del Tribunal Supremo 629/2018, de 13 de noviembre) aclara que la infidelidad y dicha ocultación no son susceptibles de responsabilidad civil y por tanto no procede la indemnización del daño moral reclamado. De esta forma se descarta el criterio de la conducta dolosa o culposa de la víctima seguido por los jueces y tribunales en numerosas ocasiones para la consideración de la reparación del daño moral. Esto no impide que el daño originado por otras conductas abarcables dentro del ámbito de la responsabilidad civil del Código Civil o el ámbito penal y de los derechos fundamentales no pueda ser sancionado.

## **10. Relación de jurisprudencia**

- **Audiencia Provincial**

Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección Única), núm. 186/2003 de 30 septiembre de 2003 (JUR\2003\244422)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7ª), núm. 597/2004 de 2 noviembre de 2004 (AC\2004\1994)

Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 2ª), núm. 1/2007 de 2 enero de 2007 (JUR 2007\59972)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª), núm. 27/2007 de 16 enero de 2007 (JUR 2007\323682)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7ª), núm. 466/2007 de 5 septiembre de 2007 (JUR\2007\340366)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), núm. 597/2008 de 31 octubre de 2008 (AC\2009\9)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª), núm. 46/2009 de 10 febrero de 2009 (AC\2009\346)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8ª), núm. 88/2014 de 16 mayo de 2014 (JUR\2014\203955)

- **Tribunal Supremo**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 687/1999 de 22 julio de 1999 (RJ\1999\5721)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 701/1999 de 30 julio de 1999 (RJ 1999\5726)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 776/2000 de 20 julio de 2000 (RJ 2000\6184)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 881/2004 de 22 septiembre de 2004 (RJ\2004\5681)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 445/2010 de 14 julio de 2010 (RJ\2010\515)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 404/2012 de 18 junio de 2012 (RJ 2012\6849)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno), núm. 629/2018 de 13 noviembre de 2018 (RJ 2018\5158)

## 11. Bibliografía

BARRIENTOS ZAMORANO, M., “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del "pretium doloris", en *Revista chilena de derecho*, Vol. 35, nº1, 2008

BORDA, G.A., *El daño moral*, vol.5, nº5, Aequitas, 1964

CARAPEZZA FIGLIA, Gabriele, “Violación de los deberes conyugales y responsabilidad civil: la experiencia italiana”, en *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.4, 2016

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho Español”, en *La Ley parte Doctrina– Actualidad*, n. 6676/20007, Las Rozas, 2007

FARNÓS AMORÓS, E., “El precio de ocultar la paternidad Comentario a la SAP Valencia, Sec. 7ª, 2.11.2004”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.2, 2005

FERRER RIBA, J., “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.4, 2001

GÓMEZ POMAR, F., “Daño moral”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.1, 2000

LABADIE JACKSON, G., (2013), “*Los requisitos de la validez de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial y su eficacia ex post*” (tesis), Universitat Pompeu Fabra (España)

LABAT, I., “La privación de bienes y el daño moral: Un aporte desde la Economía de la Conducta y Derecho”, en *Revista de Derecho (Universidad de Montevideo)*, n.30, 2016

LACRUZ MANTECÓN, Miguel L., *Síntesis del derecho civil español, t.II, Obligaciones y contratos*, 3ª edic., Kronos, Madrid, Septiembre 2017



MARÍN GARCÍA, I. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, D., “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.2, 2010

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., et al., *Curso de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, vol.II, 4ª ed., Colex, Madrid, 2014

NEVADO CATALÁN, V., “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.4, 2018,

PÉREZ GALLEGÓ, Roberto, “Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm.3, 2015

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 39, Fasc/Mes 2, 1986

Práctica de Derecho de Daños n.º 133, octubre-diciembre 2017, Nº 133, 1 de oct. de 2017, Editorial Wolters Kluwer, p.2

### **Páginas Web**

[https://espana.leyderecho.org/dolo/#En\\_los\\_diferentes\\_Ordenes](https://espana.leyderecho.org/dolo/#En_los_diferentes_Ordenes)

**Legislación empleada**

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 35/2015, de 22 septiembre que modifica el existente con anterioridad contenido en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor

Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950